Organização

Julia Maurmann Ximenes

Janete Ricken Lopes de Barros

25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO: INFLUÊNCIAS JURÍDICAS, ATORES POLÍTICOS E CONTEXTO SOCIOLÓGICO

Organização

Julia Maurmann Ximenes

Janete Ricken Lopes de Barros

25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO INFLUÊNCIAS JURÍDICAS, ATORES POLÍTICOS E CONTEXTO SOCIOLÓGICO

1ª edição

Autores:

Ana Flávia Alves Canuto

Ana Paula Seabra

Camila Sailer Rafanhim de Borba

Eder Marques de Azevedo

Evaldo de Souza da Silva

Hector L. C. Vieira

João Francisco da Mota Junior

Luis Alberto Carvalho da Costa

Luiz Fernando Alves de Santana Bonfim

Rafael Dilly Patrus

Sarah Campos

IDP

Brasília

2013

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

O EXTRATIVISMO LEGISLATIVO: A NOVA FORMA DE AÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Luiz Fernando Alves de Santana Bonfim[1]
Luis Alberto Carvalho da Costa
DOI 10.1111/9788565604208.01

RESUMO: Nos últimos anos a atuação do poder judiciário tem tomado contornos diversos daqueles estabelecidos pela nossa Constituição. Muito além do ativismo judicial, a postura da corte suprema, principalmente em relação a julgados de matéria constitucional sobre a atividade do Poder Legislativo, mostra-se atentatória à preceitos fundamentais. O constituinte originário tratou de estabelecer os limites de atuação de cada poder. Limites que devem ser observados, conforme preceitua o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Sob pena de não se ter uma constituição caso a garantia dos direitos e a separação dos poderes não sejam respeitados. Partindo disso, o atual entrave entre os poderes, e analisando diversas obras doutrinarias, permanecendo em âmbito hipotético, o presente trabalho vem denominar essa nova forma de atuação da corte suprema. Denominação que será chamada de Extrativismo Legislativo. O que é esse mecanismo? Como ele feri os princípios provindos do Estado Democrático de Direito? Quais são seus efeitos e suas causas? Refletir sobre esse tema é essencial para que, se possível, indagar se existe ou não a total obediência às normas constitucionais.
PALAVRAS CHAVE: Extrativismo, Separação dos Poderes, Ativismo Judicial.

ABSTRACT: In the last years the acting of the judiciary has been taking different outlines of those established ones for our Constitution. Very much besides the judicial ativismo, the posture of the supreme court, principally regarding judged of constitutional matter on the activity of the Legislative Power, appears offensive to the basic precepts. The original constituent thing negotiated of establishing the limits of acting of each power. Limits that must be observed, according to it prescribes art. 16 of the Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789. Under penaltyof not havinga constitutionif the guaranteeofrightsand separation of powersare not respected. Leaving from that, the current thing hampers between the powers, and if you analysed several works you would write dogmas, if you remained in hypothetical extent, the present work comes to call this new form of acting of the supreme court. Denomination that will be called of Legislativeextraction. What is this mechanism? As he wound the principles stemming from a democratic state? What are its effects and its causes? Reflect on this topic is essential that, if possible, to inquire whether there is full compliance with constitutional requirements.

---

[1] possui curso-tecnico-profissionalizante pela Escola Técnica de Ceilândia (2011) e ensino-medio-segundo-grau pelo Centro de Ensino Médio Taguatinga Norte (2009) . Atualmente é Técnico Administrativo: Área judiciária da Superior Tribunal de Justiça. Tem experiência na área de Direito.

KEY WORDS: Extrativismo, Separation of the Powers, judicial activism.

Introdução

Antes de se saber os graus de influência que um novo termo pode ter sobre o universo jurídico, é preciso conhecer sua origem. Afinal de contas o início nos conta muito sobre o termo e guia a possíveis indagações sobre a interferência que pode vir a ter. Mas só isso não é bastante. Após conhecer seu começo, as forças que deram sua origem, suas características, seus modos de agir se torna mais fácil a reflexão.

Ao contrário do que se pode imaginar, a grafia aqui empregada sobre o termo Extrativismo não tem origem na grafia de ativismo. Mas não se nega a relação existente entre ambos. Relação que posteriormente será questionada. O termo foi retirado de outros campos de conhecimento, mais precisamente a Geografia e a Biologia. Em seu campo originário, a palavra Extrativismo é denominada como toda atividade de coleta de produtos naturais, seja de origem mineral, animal, ou vegetal. É uma atividade longamente utilizada pelo homem, desde tempos remotos, para sua sobrevivência. Perseguindo mais a fundo a origem, vê-se que a palavra é formada por Extrativo adicionado do sufixo grego - ismo. O primeiro remete a qualidade de se poder extrair, o segundo é sufixo utilizado para formação de nomes doutrinários, principiológicos, ou teóricos, dentre outros.

Assim, por essência, tem-se que o termo esta associado à ideia de extração de recursos. Posto isso, passa-se agora a dificultosa mudança de campos de utilização. Trazer sua denominação e toda sua carga valorativa, que seja possível, ao universo jurídico.

Primeiramente, lembremos que o qualificativo adicionado ao vocábulo Extrativismo será aquele que sofrerá a ação de extração. É do qualificativo que será extraído. Quando se tem o Extrativismo animal há a exploração, retirada de peles, óleos, e etc. Quando se tem o Extrativismo mineral há a exploração de minerais e no vegetal de madeira, folhas, frutos, por geral. Assim é importante notar que existe o sujeito responsável pela ação de extração e aquele que recebe a extração, identificado como o adjetivo adicionado à palavra em estudo.

O trabalho árduo se inicia, quando se soma um qualificativo não comumente usado. É possível que o significado superficial mude, mas o núcleo extracionista

permanece. Nesse ponto chave é que nasce o Extrativismo legislativo. O complemento nos remota à atividade legiferante, o poder Legislativo. Celebre na teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu e considerado o mais forte, dentre os três, na doutrina de Locke. Definido o objeto sofredor da ação, possibilita averiguar o sentido dessa nova construção vocálica. Superficialmente, é notório que algo que faz parte do adjetivo será retirado. Mas o importante é ver o que será essencialmente retirado e esse é o cerne da questão. Como já se sabe as doutrinas durante a história ensinaram o que conjuga o núcleo do Legislativo. Em simples palavras, fazer leis. Ou ainda, produzir as normas sobre as quais os membros de uma coletividade irão se subordinar para que seja efetivo o contrato social feito entre estes e o Estado. Ou melhor, não como um poder, mas como uma função, nas palavras de José Afonso da Silva (2012, p. 110) “A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis”. Conclui-se que ao Legislativo foi dado legitimidade para a criação das leis. Essa é sua essência.

Dessa forma é no extravio, ou em palavras mais rígidas absorção, não temporário, mas duradouro da essência do Legislativo que se insere o significado de Extrativismo Legislativo, como o conceito naturalístico ensina, pois o Extrativismo empregado pelo homem na natureza continua há tempos. Um problema preocupante ao analisar dum ponto de vista legalista. Porque a nossa Constituição declara as competências privativas dadas ao órgão Legislativo da União. Competências que Lei complementar pode autorizar o órgão Legislativo do Estado dispor ou suplementarmente o legislativo do Município. Interpretações dadas pela análise da Constituição Federal:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] Parágrafo único Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.
> Art. 30. Compete aos Municípios: [...] II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...].

A competência para legislar não é dada a outro poder, mas permanece no âmbito do mesmo. Hoje, na arena política atual brasileira, é possível ver resquícios do Extrativismo Legislativo. A ação do agente extraviante começa a tomar contornos quando um poder, não legitimo para legislar, o faz. Aglutinando em si dois poderes. Algo totalmente rejeitado pela nossa Carta Cidadã. Um exemplo claro é o que se vê

nas últimas decisões do representante do poder judiciário nacional. Decisões que nem o direito constitucional ou os professores tem fundamentos sólidos para justificar. Uma nova norma foi criada, sem base em dispositivos legais, mesmo sem a expressa anuência da Constituição. Tendo como foco o Mandado de Segurança n. 32326 e os Embargos de Declaração na Ação Penal n. 470, a corte suprema ensina que se a pena dada for superior ao período do mandato, cabe ao STF decretar a perda do mandato e à Mesa apenas à declaração da perda, uma função apenas homologatória. Todavia se a pena cominada for inferior ao período do mandato, ocorre o inverso. A Mesa decreta a perda e o STF declara, homologa.

Atitude tal que foge do campo de atuação da Corte Suprema. Em qual código tal regra esta presente. Por mais benéfica ou adequada que seja este fundamento, que Constituição deu legitimidade para o STF ter tamanha fértil criatividade. É nítido o extravio, a absorção, que um poder faz das competências inerentes ao núcleo de atuação de outro. A utilização do Extrativismo Legislativo.

Essa nova ação do judiciário é ponto focal da pesquisa. Em que medida o Extrativismo Legislativo tem influenciado a Constituição, a separação dos poderes e qual sua relação com o ativismo judicial. A grave omissão do Legislativo leva, inapropriadamente, diversas questões para deliberação do STF, que muitas vezes são de cunho político. Pelo princípio da inafastabilidade do poder judiciário, a corte não pode se abster de proferir uma decisão, mas, por isso, cometi muitos excessos. Tornando-se um novo legislador.

2 A NOVA FORMA E A CONSTITUIÇÃO

A nossa Carta Cidadã esta completando 25 anos de sua existência, a mais democrática de todas as que passaram pela história brasileira. No geral, ela permanece na média de idade das constituições latinas e é bem jovem se comparada à antiga e estável Constituição não escrita Inglesa. Ela, com o advento de quase três décadas, tem passado por grandes transformações, já conta com 74 emendas. Muitos valores se fortaleceram e a Constituição teve que absorvê-los para poder adaptar-se a continua complexização da sociedade. Mas importante é ressaltar que ela não pode se dissociar do constitucionalismo. Este que tem seu conceito trazido por Luís Roberto Barroso, no Curso de Direito Constitucional Contemporâneo (2009), e que é, essencialmente, limitação do poder e supremacia

da lei. Essas duas características fundamentais à Constituição não podem se perder por mais profundas que sejam as mudanças na sociedade. Se for o caso encerra-se a atual e se inicia uma nova, mas também possuidora desses dois atributos.

Algo que venha a querer tirar, mitigar essas duas qualidades essências, não só pode como tem que ser obstado. O Extrativismo Legislativo é um potencial agente dessa mitigação. Desde antes do *Bill of Rights,* em menor grau, até os movimentos constitucionalistas francês, inglês e americano, o foco tem sido estabelecer direitos individuais e mais hodiernamente se preocupar com a organização e funcionamento do Estado. Mas será que a devida preocupação com as forças que podem acabar com toda essa estrutura— que condensa direitos, organização e funcionamento —foi ou esta sendo dada. Muito se vê, no atual Brasil da Constituição de 88, diante de tantos atos questionáveis, que a afirmação dessa despreocupação é verdadeira.

O desleixo vai permitir o fortalecimento das causas que querem o surgimento daquilo que levará ao falecimento desse arcabouço, tão importante para a sociedade. Isso nada mais é do que o Extrativismo. Para saber a real influência trazida por ele sobre a Constituição é importante analisar sobre o enfoque da Teoria da Constituição. Na qual, o primeiro tema a ser visto será o da concepção.

No sociologismo constitucional, do alemão Ferdinand Lassalle, a constituição é definida como a soma dos fatores reais de poder que regem uma sociedade. O conjunto de forças políticas, econômicas e sócias, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado (Lassalle, Ferdinand. A essência da Constituição, Trad. Walter Stönner. Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris, 1985, citado por Luís Roberto Barroso). Mais do que um pedaço de papel, ela é aquilo realmente vivido, experienciado. Forças, essas, em constante mudança. Adaptando-se as novas conjunturas e anseios sociais. Partindo dessa perspectiva é possível afirmar novas acepções sobre ideais estabelecidos. A contínua alteração de como os poderes se comportam pode ser justificável. Nisso o Extrativismo já não tem mais tanta força. Essa concepção de constituição pode aceitar esse fenômeno, porque assim o quis as novas forças que a formam.

Já na concepção jurídica da constituição de Hans Kelsen, ela é a lei suprema do Estado. A ordem jurídica é um sistema escalonado de normas, em cujo topo está a Constituição, fundamento de validade de todas as demais normas que o integram. Essa definição não abre margem para se aceitar ou supor algo que venha a tirar ou

ameaçar o status de norma, ao mesmo tempo, balizadora e no cume da hierarquia. Suas disposições devem ser soberanas, pois um processo válido de formação lhes deu esse poder e, também, porque é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma ordem normativa. O *dever-ser* e não ser. O Extrativismo jamais encontrará espaço. Sua existência será negada, não poderá ocorrer de forma alguma, sob pena de se quebrar com a imposição de limites que a norma suprema elencou para a atuação dos poderes.

Por último, na concepção política de Carl Schmitt, a constituição é, essencialmente, uma decisão política. Principalmente deve conter normas referentes: ao poder, ao Estado, à organização dos poderes, aos órgãos, à repartição de competências. Em outras palavras, por núcleo e conteúdo bastante, a constituição deve tratar da estrutura do Estado. A essas normas, Carl Schmitt consagra à denominação normas materialmente constitucionais. Assim como na concepção de Kelsen, o Extrativismo também tenderia a ser grandemente combatido. Pois, como já definido, atingi a estrutura do Estado focando a quebra dos limites dados aos poderes. Mas, também, por constituir uma afronta a decisão politica que deu origem à Constituição. Porém, a discussão, talvez se relativize, quando as normas formalmente constitucionais são abordadas. Por elas se entende tudo aquilo que não quer dizer à estrutura e organização do Estado. Aí se inserem, primordialmente, os direitos e garantias. Um exemplo é o Estado Nazista Alemão, no qual não existia preocupação com essas normas formais, o genocídio ocorrido com os judeus é uma prova disso. Como na definição de Carl Schmitt, essa acepção de norma só tem o nível de constitucional por estar na constituição, um fenômeno que venha a restringi-las não terá grandes complicações para alcançar seus propósitos. O Extrativismo não se encaixa como um desses fenômenos, porque se joga sobre as condizentes à estrutura do Estado e a separação dos poderes.

Ainda dentro do tema constituição, mas saindo das suas concepções para adentrar naquilo que é anterior a ela, o que diz respeito à sua gênese. Sua existência tem sido relevante para o asseguramento dos direitos e garantias. Relaciona e dita à forma de diálogo entre o povo e o Estado num dado território. Mas o que garanti isso, que dá força, supremacia à Constituição.

A seguinte posição esclarece essa indagação preliminar:

> A autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validez da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de poder constituinte originário (Paulo Gustavo Gonet Branco 2009, p.231).

Este é o poder deflagrador de uma nova ordem jurídica, provindo do povo.A teoria original do poder constituinte foi desenvolvida por Sieyès dentro da moldura histórica e filosófica do jusnaturalismo. É inalienável, criador, permanente e incondicionado, não se subordinando ao Direito preexistente (Emmanuel Joseph Sieyès, 1986, p. 117). Não é preciso, mas desde logo é visto o antagonismo existente entre o constituinte originário e o Extrativismo Legislativo. Um é responsável por dar início e o outro por acabar com a ordem jurídica. Sendo a criação desta o objetivo daqueles detentores do poder constituinte. O povo, por meio de seus representantes numa assembleia constituinte, cria o conjunto das principais normas e princípios que guiaram a sociedade.

Luís Roberto Barroso (2009, p.98) cita os cenários políticos que promovem a manifestação do constituinte, são elas: a) uma revolução; b) a criação de um novo Estado; c) a derrota na guerra; d) uma transição política pacífica. Dito isto, tendo em vista aquilo que o Extrativismo pode fazer, pode-se colocá-lo dentro desse rol. Na medida em que se sua ação compromete expressamente o pleno vigor da separação dos poderes. Prejudica o Estado e a constituição em seu profundo, o que enseja a necessidade de o constituinte se manifestar para encerrar com a incidência dos maléficos efeitos desse fenômeno. Como as outras, é causa extraordinária. Não é sempre, pelo menos no mundo contemporâneo, que queima o estopim de grandes revoluções ou grandes guerras. A situação interna dos países, no geral, se estabilizou e houve pacificação dos conflitos a ponto de tais causas não ocorrerem com habitualidade.

O último tema a ser estudado será o da Interpretação Constitucional. Algo importante, já que a atividade do Judiciário é intrinsicamente ligada à aplicação e interpretação do texto fundamental. A interpretação e a aplicação encontram-se assim definidos:

> A interpretação consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação infere-se como o momento final do processo interpretativo,

> sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o *ser* ao *dever ser*. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão. (Tercio Sampaio Ferraz Júnior, 2001, p. 305 e Eros Roberto Grau, 2006, p. 472 citados por Luís Roberto Barroso, 2009, p.270, 271).

O processo de aplicação como visto em seu conceito, passa por três momentos. Do texto em abstrato (enunciado normativo), passa-se para norma jurídica (tese a ser aplicada ao caso concreto, fruto da interação texto/realidade) para se chegar à norma de decisão (regra concreta que decide a questão). O Extrativismo vem para quebrar essa cadeia na medida configura-se pela aplicação da norma de decisão sem a existência do texto em abstrato. O poder judiciário ao fazer isso, cria o enunciado normativo para que sua decisão seja justificável. Enunciado que estará formalmente feito quando a decisão monocrática ou acórdão for publicado. Num Estado como o nosso que é pautado pelo princípio da legalidade é preciso que os aplicadores tenham embasamento legal para fundamentação. A eles não é dado o poder de legislar com seus votos. É claro que em exceções invoca-se o art. 4º da LINDB e a interpretação extensiva. Mas e quando não for possível fazer uso desses mecanismos e a matéria for de cunho constitucional e exigir um dispositivo para ser dirimida. Ou pior, quando o dispositivo constitucional existir e mesmo assim aplica-se uma norma de decisão diferente da que resultaria se o texto constitucional fosse o enunciado normativo seguido. O caminho usado pelo Judiciário será fazer uso do Extrativismo.

3 Separação dos poderes ou sobrevalência de poderes

> O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina de separação de poderes, que, afinal em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é (José Afonso da silva, 2012, p. 109).

Na breve citação o autor é possível identificar como esse princípio tem se desenvolvido. Antes sua aplicação costuma ser inflexível. Hoje, porém, com a complexização das atividades do Estado, não se pode mais aceitar uma divisão tão estática. É preciso olhar com outro enfoque sobre esse princípio. Admitindo-se, em exceções, que um poder exerça atividades típicas de outro. Não é de hoje que aos poderes é permitido o exercício de posturas diferentes daquelas esperadas. O executivo, em casos de urgência e relevância, edita medidas provisórias (art. 62, CF); e na autorização de delegação de atribuições legislativas (art. 68, CF). E através do procedimento administrativo disciplinar exerce poder julgador. O Judiciário exerce poder do executivo quando prove concursos públicos e assim administra seu corpo funcional. Já no âmbito do legislativo, na elaboração de seus regimentos internos e na confecção das súmulas vinculantes que transformaram o STF em um verdadeiro Tribunal Legislador. Difícil não o ser tendo em vista as súmulas vinculantes 11 e 13, que tratam da utilização de algemas por parte da polícia ou para caracterização de nepotismo no serviço público (Bernardo Abreu de Medeiros, 2011).

No presidencialismo, sistema de governo adotado pelo Brasil, o princípio exprime duas ideais principais: independência orgânica e harmonia dos poderes. Dentro da independência orgânica afere-se a legitimidade que o poder tem para exercer as incumbências dadas pelo constituinte originário. O judiciário tem legitimidade legal para fazer o que faz já que a Constituição assim o diz. Já o Legislativo, além de ter legitimidade legal, precisa também ter legitimidade democrática. Esta que é conseguida nas eleições. Nas quais os detentores do poder elegem seus representantes para que eles possam exercer a parcela do poder constituído deixado pelo originário. Pois o poder constituído é divido em três: Executivo, Legislativo e Judiciário. Nisso surge à indagação de que se o Judiciário tem legitimidade para atuar como tem atuado nos últimos anos, tendo como foco o Judiciário Nacional e mais precisamente o julgado apresentado na introdução. Muito além do que o ativismo judicial, o uso do Extrativismo Legislativo é uma forma de burlar o requisito da legitimidade democrática. Alguns instrumentos como o *amicus curiae*, as audiências públicas tentam trazer participações democráticas para os processos judiciais. Mas o real impacto esperado não tem ocorrido (Bernardo Abreu de Medeiros, 2011).

Essa extração que o Judiciário tem feito é de longe não benéfica. Na casa do Poder Legislativo que questões políticas devem ser debatidas. Partindo disso que os tribunais têm dito que o grau de legitimidade discursiva de suas decisões alinhado aos dois mecanismos de participação popular já citados supriria essa necessidade de participação democrática. Mas esse argumento juntado a outros não se justifica. Pois juntar em um poder a atribuição de dois é inconcebível. Trata-se de uma total desvirtuação do real objetivo do princípio que é impedir o autoritarismo. Sob pena, talvez, de se ter uma juristocracia (Paulo Paiva, 2009). A divisão, separação dos poderes é feita justamente por causa da natureza humana. O homem, não dotada da *virtú* de Montesquieu, poderia usar o poder em suas mãos de uma maneira diferente da que originalmente é estabelecida no documente normativo que norteia a atuação. E também não se pode fazer essa experiência em especial no Brasil. Colocar no crivo de 11 pessoas o que a Constituição estabelece que tem que estar com 513 deputados e 81 senadores. Mas essa hipótese não pode ser deixada de lado. Principalmente analisando-se as atuais democracias.

> Eis, portanto, o dilema de democracias recentes. Passadas suas transições de regimes autoritários, muitos países dotaram o Poder Judiciário com instrumentos bastante importantes do ponto de vista formal, na expectativa de que restringissem arbitrariedades e salvaguardassem a dinâmica política democrática. Essa expectativa, contudo, na larga maioria dos casos, não se verificou ou foi apenas contemplada de modo irrisório. [...] Estudos empíricos de outros países com recentes processos de redemocratização que apostaram em uma maior autonomia do Poder Judiciário revelaram certa frustração com os resultados colhidos (Bernardo Abreu de Medeiros, 2009, p. 537 e 539).

Entrando no âmbito das atribuições chega-se ao segundo ideal parceiro da independência orgânica. A harmonia entre os poderes “verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito” (José Afonso da Silva, 2012, p.110).

Partindo dessa concepção, verifica-se que essa harmonia configura-se no respeito ao arranjo de atribuições constitucional, à observância dos limites da capacidade institucional. Nesse ponto vê-se o que o Extrativismo Legislativo é capaz de fazer. Quebra da harmonia, quebra do âmbito de atuação que o originário estatuiu. Pois os membros do Legislativo, que além de terem legitimidade

democrática, são aqueles que têm a capacidade para juntos exercerem o poder legislativo. Todo o Capítulo I do Título IV da CF ratifica isso. Algo que magistrados não possuem. O atual sistema eleitoral é voltado para a escolha de vereadores, prefeitos, deputados, senadores, governadores, presidente. Membros do Poder Jurisdicional não fazem parte dessa lista. Seu processo singular de escolha é através de concurso público de provas e títulos. À exceção da segunda instância e da superior. Na quais desembargadores e ministros são escolhidos pelo chefe do Executivo.

A possibilidade do Extrativismo Legislativo fazer parte dos Tribunais se verifica nas palavras do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3510. No qual o Ministro comparou o STF ao parlamento, considerando o Tribunal como a “casa do povo” (Bernardo Abreu de Medeiros, 2011):

> O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas (MENDES, Gilmar. Voto no julgamento da ADI 1351-DF, 2006, citado por Bernardo Abreu de Medeiros, 2011, p. 532).

No mesmo julgamento o Ministro Celso de Mello seguiu a mesma linha progressista, baseando seu argumento em Francisco Campos, um dos principais expoentes do pensamento autoritário do século passado (Bernardo Abreu de Medeiros, 2011):

> Daí a precisa observação de Francisco Campos (Direito Constitucional vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas. Importante rememorar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem ‘O poder de interpretar a constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A constituição está em formulação permanente nos tribunais incumbidos de aplica-la [...] Nos tribunais incumbidos da guarda da constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte (MELLO, Celso de. Voto no julgamento da ADI 3510-DF, 2008, citado por Bernardo Abreu de Medeiros, 2011, p. 532 e 533).

O protagonismo do Judiciário, o pleno cumprimento da constituição do STF, a aglutinação de dois poderes em um formando um superpoder é o que se infere.

4 Ativismo judicial

Não há que se falar em igualdade com o ativismo judicial. Este simboliza a atuação do judiciário com o objetivo de ver a efetivação do Direito, mesmo tendo que, por vezes, impor a ação dos outros poderes. O Extrativismo Legislativo configura-se como o desenvolvimento, a evolução do ativismo judicial. Em outras palavras, um ativismo judicial viciado, distante de sua conotação positiva. O uso permanente por parte do Judiciário de competência essencial do Legislativo.

Veja-se uma definição de ativismo judicial:

> O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Arrematando da seguinte maneira "descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes" (Elival da Silva Ramos 2010, p. 129, citado por Paulo Gustavo Gonet Branco, 2011, p.394).

De uma análise literal, o professor nada fala na questão tempo. Ele não aborda se o ativismo é momentâneo ou permanente. Não o faz porque realmente não há necessidade. Em algumas decisões nas quais se faça necessário defender os valores constitucionais o uso do ativismo não só pode como deve ser usado para que esses ideais sejam efetivados. A complexização da sociedade e a consequente adaptação da separação dos poderes permite essa nova atuação do judiciário. O Ministro Celso de Mello, em seu discurso, na então ascensão do Ministro Gilmar Mendes à presidência da corte, ressaltou o uso do ativismo por parte do supremo como uma necessidade institucional, necessidade de fazer prevalecer à primazia da Constituição da República.

Porém, o Extrativismo Legislativo é a emprego constante do conceito dado pelo professor Elival da Silva Ramos. Nas palavras do conceituado José Herval Sampaio Júnior (2011, p. 406 e 407), é visto as breves e florescentes faces do Extrativismo, pois ele ainda se esta referindo ao ativismo:

> Destarte, nessa nova atuação jurisdicional, é imprescindível que haja uma compatibilização com o princípio democrático justamente para que não ocorra uma indevida intromissão nas atribuições dos demais Poderes, como infelizmente ás vezes acontece e sem sombra de dúvidas, não é esse o objetivo dessa nova concepção da atuação

> jurisdicional, pelo contrário, para um salutar desempenho torna-se imperioso que a jurisdição constitucional seja eminentemente democrática e tenha seus limites na própria Constituição (...). Por outro lado é cediço que os poderes Executivo e Legislativo possuem suas funções típicas delineadas em toda Constituição e não deve o Poder judiciário, de modo algum, sem qualquer tipo de instigação, querer resolver todos os problemas, principalmente os atinentes à legislação e a realização de políticas públicas como se fosse um salvador da pátria. Não é essa a função do Poder Judiciário e quando isso acontece estamos sim falando em arbitrariedade e isso também é inadmissível.

O prolongado, duradouro e arbitrário rompimento dos limites elencados pela Constituição que dão margem ao Extrativismo passar a existir. Mas é um fenômeno excepcional sua manifestação difícil será. A decisão do supremo, ora citada, é a porta de entrada, uma típica decisão que configura o Extrativismo Legislativo.

5 Extrativismo legislativo

Após visto a influência do Extrativismo na Constituição, na separação dos poderes e qual sua relação com o ativismo judicial é preciso, por fim, questionar quais são seus, prováveis, efeitos e causas.

A decisão do STF apresentada na introdução juntamente com a Câmara dos Deputados, que, às escuras votou pela não cassação do mandato do então Deputado Federal Natan Donadon trouxe uma situação nunca antes vista em nosso ordenamento jurídico. Algo que, outrora dito, não possui uma explicação jurídica nem doutrinaria plausível. Doutrinariamente é sabido que para ser eleito e claro permanecer no mandato é preciso ter elegibilidade passiva. Ela é alcançada com a posse dos requisitos que o art. 14, §3º, da CF elenca, dentre eles o inciso II chama atenção. Ele dispõe que é preciso estar com o pleno gozo dos direitos políticos. Não obstante, o art. 15 diz que a suspensão dos referidos direitos políticos se dará, de acordo com o inciso III, em condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos. No mesmo sentido, esta o art. 92 do Código Penal. Assim já existe a impossibilidade de se exercer um cargo eletivo. Porém, para se preservar a independência entre os poderes a Constituição estabelece em seu art. 55, § 2º, diferente regra quando se tratar de Deputado Federal ou Senador. Todavia, o STF em suas últimas decisões que tratam justamente de matéria penal, cargos eletivos, direitos políticos e o referido artigo da constituição (Mandado de Segurança n. 32326

e Embargos de Declaração na Ação Penal n. 470), entendeu de maneira diversa da que a constituição preleciona. À Mesa da respectiva casa cabe decidir sobre a perda do mandato e não tem uma função apenas homologatória de decretação, um ato vinculado. Para evitar que um poder se sujeite a outro, a constituição estabeleceu essa regra. Nesse sentido:

> Nos casos de infringência das incompatibilidades, falta de decoro parlamentar e condenação criminal em sentença transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa. Nesses casos, o Poder Judiciário somente poderá analisar a legalidade da medida, pois as medidas políticas sujeitas a discrição de um dos poderes são incensuráveis, salvo quando tomadas com desrespeito a Constituição e as leis (MORAES Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 480).

Quando o STF diferente faz, vale-se do Extrativismo Legislativo. Como resultado se tem uma verdadeira impossibilidade jurídica existindo, em outros termos, um Deputado Federal sem direitos políticos, sem elegibilidade passiva. A situação piora quando o suplente assume e passasse a ter uma Câmara dos Deputados com 514 membros. Não há fundamentação coerente para tal ocorrência. Um dos efeitos do Extrativismo.

Alinhado a esse existe outro de maior envergadura. Como já visto esse mecanismo viola o princípio da constitucionalidade; o da separação dos poderes; o da segurança jurídica, ao causar grande instabilidade jurídica, à exemplo o efeito citado a pouco; o da democracia, pois quebra com a democracia representativa; o da legalidade e tantos outros. Esses princípios nada mais são do que as bases do Estado Democrático de Direito. O Extrativismo Legislativo é tão destrutivo, porque visa atingir esses fundamentos tão importantes. Rasga-se a Constituição. Seu primeiro artigo já possui sua força normativa retirada.

Produzir um momento de profundas incertezas jurídicas e acabar com o princípio do Estado Democrático de Direito e todos os dele decorrentes é o papel do Extrativismo. Desta feita, averiguar suas origens também se mostra imprescindível.

As causas que levam a sua ocorrência são bastante intensas. Algumas podem ser facilmente descritas, embora sua efetuação seja mais temerosa. Primeiro, grave crise de representatividade no âmbito do Legislativo, não como se vê hoje, mas uma que nitidamente impede sua atuação. Seja na omissão acentuada, seja na edição de leis excessivamente abertas, que possibilitam muitas interpretações, ou que elas próprias impossibilitam a consecução de seus efeitos (por causa do texto ou impossível intelecção). Pode-se dizer que por ter havido a edição, o processo de formação da lei ocorreu e dessa forma a crise não é tão extrema. Todavia de que adianta o processo funcionar se na essência houve morte. O núcleo do Legislativo não se restringe a apenas fazer leis, mas fazê-las exequíveis e condizentes com a atual realidade. Diante de uma realidade desastrosa, na qual temos um Legislativo nesse estado, a criação do Direito objetivo estará seriamente comprometida. E, principalmente em países em desenvolvimento, com déficit de modernidade, os juízes, cuja função é legitimada por concurso público, não só podem, como devem substituir-se ao legislador ou administrador, Arcenio Brauner (2011, p. 25). Levando essa situação em relevo como impedir que o Judiciário haja de forma a suprir a atitude do poder inerte. O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário dará base para que o Jurisdicionado não fique sem sua pacificação de conflito, mesmo que um só poder tenha que ser legislador e aplicador.

Segundo, a corrupção que pode afligir o próprio poder julgador. Os aplicadores diretos não mais respeitam os limites impostos pela constituição. Passam a fazer uso do próprio arbítrio para resolver os casos. Desrespeitando numa realidade brasileira o art. 93, inciso IX, da Constituição; o art. 4 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro; e o art. 458 do Código de Processo Civil. Em outras hipóteses, os magistrados podem valer-se do conhecimento que detêm para usufruir das brechas dadas pela lei e neutralizar o outro poder e assim ganhar uma posição de destaque.

Terceiro, o próprio sistema de relação entre a sociedade e o Estado estar comprometido. O governo executa pessimamente politicas públicas, principalmente aquelas relacionadas à educação, contribuindo para a construção de uma geração, em sua grande maioria, alienada. Disso pode resulta um povo fraco criticamente e no exercício da cidadania. O resulta é observado nas eleições. Aqueles que já estão no poder são reeleitos ou seus sucessores ingressam, pois trataram de arquitetar um

sistema que os beneficia. Maus representantes tanto politica quanto intelectualmente ficam com o encargo da produção de Leis. Leis que exprimirão as falhas daqueles que as criaram. Levando a ocorrência da primeira causa discutida, obtendo-se um ciclo intermitente. A margem estará propicia para que o Judiciário tome para si a função do legislativo. Seja para que o Direito não pereça e a Justiça não deixe de ser perseguida, seja para a simples protagonização da corte e massageio do ego de seus membros.

Essas são as três causas mais fortes que provocam o nascimento desse novo fenômeno jurídico. É preciso esclarecer que como sua ocorrência mostra-se excepcional, a formulação teórica fica no apenas no campo hipotético. Porém, não enseja motivo de não se estudar essa proposta, pois, diga-se novamente, os indícios de seu surgimento já tem pressupostos. Estar diante dessas causas no Estado Democrático de Direito Brasileiro afetará substancialmente a Constituição.

Conclusão

Após toda discussão sobre o nascimento do Extrativismo Legislativo, suas influências, relações, causas e efeitos é possível chegar a uma conclusão pessimista. Ele surge como um mal necessário ao se ter como pressuposto um poder Legislativo que não exerce sua função. O Judiciário, pautado pelo princípio da inafastabilidade, não negará resposta às demandas que lhe são submetidas. Sendo assim, em casos extremos fará uso do Extrativismo. Mas isso não será uma justificativa aceitável, pois a resposta de um problema como um poder não atuante não é a extração de sua essência por outro. Justamente para evitar a tirania que se concebeu a separação dos poderes. Deve-se, antes, tentar resolver essa grave crise funcional dentro do Legislativo. Caso não sendo possível, convocar o Poder Constituinte Originário é uma solução pensável. O que não se pode é ter um Estado no qual a estrutura orgânica e funcional burla o princípio do Estado Democrático de Direito.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

____________________. **O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas.** 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Atlas, 2003.
SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
VALLE, Andre Rufino do *et al*. **As novas faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JusPodivm, 2011.

CAPÍTULO 2

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA LEITURA EMPÍRICA SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Ana Paula Seabra
Hecto L. C. Vieira[2]
DOI 10.1111/9788565604208.02

RESUMO: A atuação jurisdicional frente à efetivação das políticas públicas viabiliza ao Poder Judiciário o encarrilamento em searas que outrora não lhe competiam, de maneira a reestruturar seu papel no plano político, *a priori* Guardião da Carta, *a posteriori* Concretizador dos Direitos Constitucionais. O presente estudo contrapõe o ativismo judicial face à retração do Congresso Nacional e do Poder Executivo quanto à tutela jurisdicional de direitos e interesses largamente assegurados pela Constituição Federal de 1988, o que pode em tese, incorrer em uma crise da concepção constitucional da independência e harmonia entre os Poderes. Sob uma perspectiva empírica, qual seja, a análise de ementas de acórdãos exarados pelo Supremo Tribunal Federal, no período de janeiro a agosto de 2013, pretende-se concretizar e constatar a crescente atuação do Judiciário no cenário da implementação das políticas públicas.

Palavras-chave: Políticas Públicas; Ativismo Judicial; Omissão Legislativa; Omissão Executiva; Tripartição dos Poderes; Dados jurisprudenciais.

ABSTRACT : The court action against the effectiveness of public policies enables the judiciary acting in places that did not formerly competed in order to restructure its role in the political, first guardian of the Constitution, then the agent responsible for Constitutional Rights materializes. This study contrasts the judicial activism against the retraction of Congress and the Executive regarding judicial protection of rights and interests largely guaranteed by the Constitution of 1988, which could theoretically incur a crisis of the constitutional concept of independence and harmony between State Powers. From an empirical perspective, the analysis of menus judgments forth by the Supreme Court in the period January-August 2013, the work

---

[2] Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2007) e graduação em Sociologia pela Universidade de Brasília (2009). É Mestre em Direito pelo programa de Pós Graduação da Universidade de Brasília(2009), sob a linha de pesquisa: Direito, Estado e Sociedade, Políticas Públicas e Democracia. É especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Atualmente é Pesquisador do Centro de Pesquisa (CEPES) do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, bem como leciona Metodologia de Pesquisa no âmbito da pós-graduação e Formação Social do Brasil e Organização do Estado na graduação. É, também, Professor de Direito Constitucional no Centro Universitário do Distrito Federal - AEUDF, onde é membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Humanos,Internacional, Antropologia do Direito, Sociologia Jurídica, Metodologia de Pesquisa e Pesquisa Jurídica.

aims to achieve and realize the growing role of the judiciary in the setting of public policy implementation.

Keywords: Public Policy; Judicial activism; Legislative omission; Executive omission; Tripartition of powers; Jurisprudential data.

INTRODUÇÃO

A redemocratização do Brasil, operada pela CF/88, promoveu o fortalecimento do Poder Judiciário e sua inserção em matérias outrora deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Nesse sentido, o presente artigo pretende diagnosticar, empiricamente, quão concreta é a atuação do Supremo Tribunal Federal na promoção dos direitos sociais.

Ciente do dever de efetivação dos direitos constitucionalmente expressos, possível a análise de dados estatísticos coletados e, o exame de 680 ementas de acórdãos publicados de janeiro a agosto de 2013.

O método de escolha dos acórdãos analisados deu-se de forma aleatória, ou seja, não se selecionaram todas as decisões de um determinado mês. Nesse diapasão, o estudo buscou o exame de um número considerável de ementas, o qual permitisse delinear uma linha lógica de raciocínio, a judicialização das políticas públicas como fato incontestável e, melhor, comprovado empiricamente.

O arranjo do espaço amostral de ementas está em consonância à classificação promovida por Marcus Faro de Castro[3], em 1994, qual seja: a) número do processo; b) tipo de ação ou recurso; c) data da publicação; d) natureza do conflito de interesse; e) classe de matéria; f) tipo específico de decisão.

Válido destacar que as classificações pertinentes à natureza do conflito de interesse e o tipo específico de decisão não apresentam relevância no presente estudo, portanto, no decorrer do trabalho não se extrairá nenhuma assertiva a respeito desses dados.

Possível verificar, ainda, que a título de análise, serão excluídos os processos de natureza penal e de *habeas corpus,* a fim de manter consonância ao trabalho ministrado por Marcus Faro.

---

[3]CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol.12, n. 34, jun 1997.

Esclarecidas as classificações meramente descritivas dos acórdãos, é necessário apreciar os valores que permitirão concluir a contemporânea atuação do Poder Judiciário, ou seja, debruçar-se-á sobre os dados em que o STF assume a postura de concretizador de políticas públicas.

Para tanto, será apreciada a classe de matéria empregada, valorada em: 1) política fiscal e tributária (decisões sobre tributos e exações, incluindo as contribuições sociais); 2) política monetária (referentes a taxas de juros); 3) política de rendas (atinentes a índices de correção monetária, vencimentos etc.); 4) políticas setoriais (condizentes às políticas públicas federais, excluídas as políticas macro-econômicas); 5) processo eleitoral; 6) política penal (decisões em *habeas corpus* e processos de natureza penal, exceto os de extradição); 7) política local (devido aos conflitos entre autoridades locais, ou referentes a políticas públicas de governos estaduais ou prefeituras); 8) processo político nacional (em razão dos conflitos entre poderes nacionais ou unidades da Federação); 9) política externa (extradição); 10) matéria processual; 11) matéria não classificada.

A análise dos acórdãos revelou, dada a abrangência da questão julgada, a possibilidade de enquadrar a decisão em mais de uma classe de matéria, mas esse procedimento foi evitado, classificando-a segundo a matéria considerada preponderante.

Aferidos os dados e firmados conceitos os quais permitem sua interpretação, segue a problemática: Qual a concretude empírica da atuação do Supremo Tribunal Federal na Judicialização das Políticas Públicas?

Face ao entendimento consolidado, o deslinde da questão em apreço se sujeita à observância dos dados estatísticos exarados pelo STF, bem como estudo de ementas de acórdãos, os quais pormenorizem o desempenho desse ante a efetivação das políticas públicas, em respeito à proteção dos direitos fundamentais e ao mínimo existencial.

2 A NOVA FACE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Sob o entendimento de que a sociedade caminha rumo à cidadania constitucional,[4] à conscientização e desejável efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente expressos, promove-se uma complexa mudança de mentalidade e amadurecimento político, responsável pela concretização de direitos negados pelo Estado ou outrora marginalizados, esquecidos.[5]

Nesse diapasão, intenta-se trazer à baila pontos da reflexão sobre os direitos sociais – reconhecidos como direitos fundamentais-, objeto de proteção de uma constituição que passa a desfrutar não apenas de uma supremacia formal, mas também material. A saber, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, portanto, nesta democracia, há o pleno respeito aos direitos fundamentais.

O catálogo dos direitos fundamentais vem se avolumando no decorrer da história, com o intuito de adequar-se às exigências do período e sua previsão normativa. Devidamente reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado e inspirados no princípio da dignidade humana, os direitos fundamentais resguardam, entre outros, o direito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano.[6]

Provenientes da Revolução Industrial, no século XIX, e positivados no âmbito internacional em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos sociais arraigaram-se no mundo contemporâneo, permitindo uma interpretação diferenciada do Direito e não apenas sua previsão legal.[7]

Vê-se, portanto, que o novo constitucionalismo legitimou uma constituição moderna, uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, em que se declaram as liberdades e direitos, além de fixar os limites do poder político.[8]

---

[4]HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
[5]LEAL, Saul Tourinho. **A nova face da Jurisdição Constitucional Brasileira.** Salvador: *Jus* Podivm, 2011. p.433.
[6]MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.307/309.
[7]XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito.** Disponível em: http://www.acsmce.com.br/wp-content/uploads/2012/10/ESTADO-DE-DIREITO-E-ESTADO-DEMOCR%C3%81TICO-DE-DIREIT.pdf. Acesso em: agosto 2013.
[8]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Edições Almedina, 2000. p.52.

A nova forma de expressão de Estado busca pela rematerialização das Constituições com base na (re) incorporação de conteúdos substantivos de caráter moral, assim há o desfrute não apenas de uma Supremacia formal, que sempre teve, mas também uma Supremacia material, axiológica.[9] Promove-se a ligação direta entre os preceitos normativos e a ética, bem como há previsão legal dos limites quanto à atuação das instituições públicas e privadas.[10]

Vê-se, portanto, que o constitucionalismo democrático configura a ideologia vitoriosa do século XX, nele se condensam as grandes promessas da modernidade: poder limitado; dignidade da pessoa humana; centralidade dos direitos fundamentais; e, justiça material.

Válido destacar que a previsão normativa dos direitos sociais promove a organização e limitação dos Poderes, que devem atuar em conformidade a esses.

No âmbito do Poder Legislativo editam-se normas que disciplinam o processo para a efetivação dos direitos fundamentais, ou mesmo que definam a própria organização de que depende sua concretude. A inércia do legislador em satisfazer um direito constitucionalmente garantido pode ensejar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção.[11]

Quanto ao Poder Executivo, é evidente sua vinculação aos direitos fundamentais. Sua atividade discricionária não pode deixar de respeitar os limites constitucionalmente impostos. Nesses lindes, o Poder Executivo submete-se aos ditames estabelecidos pela Constituição de 1988, de maneira a alocar recursos financeiros a compatibilizar a efetivação dos direitos fundamentais. O descumprimento da Administração quanto ao dever jurídico de prover o mínimo existencial enseja o controle jurisdicional, mediante interposição dos remédios constitucionalmente estabelecidos.

---

[9]Discurso proferido em agosto de 2008, pelo Professor Luis Roberto Barroso, transmitido pela TV Justiça no Programa Aula Magna: **O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito.** Disponível em: < http://www.youtube.com/watch?v=ec31ITi2t8g>. Acesso em: set. 2013.

[10]LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Judicialização da Política Pública e o Direito à Saúde: A Construção de Critérios Judiciais e a Contribuição do Supremo Tribunal Federal. **Espaço Jurídico.** Joaçaba, v.12, n.2, p.284, jul/dez 2011.

[11]MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.321/322.

Por fim, ao Judiciário incumbe a tarefa de defender os direitos violados ou ameaçados de violência, conforme preceitua art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Deparamo-nos, assim, com: um Legislativo regulamentador das prestações positivas a serem executadas pela Administração, direta ou indiretamente; com um Poder Executivo, munido do orçamento público, fomentador da igualdade em situações desiguais e garantidor dos valores expressos; e, ainda, com um Poder Judiciário fiscalizador dos preceitos constitucionais. Os Três Poderes contemplam os direitos pautados no bem comum, na cidadania, na solidariedade e na justiça distributiva, em que se promove uma distribuição equitativa de responsabilidades e benefícios.[12]

O reforço do papel institucional do Judiciário quanto à efetivação dos direitos expressos formalmente foi possível em razão de uma série de fatores, entre eles: a) promulgação da Constituição Federal de 1988, com previsão legal da existência e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, com resgate de promessas de igualdade, justiça social e realização de direitos fundamentais; b) universalização do acesso à justiça; c) reconhecimento da independência e autonomia dos Três Poderes, de maneira que o Judiciário atua como limitador dos atos e decisões dos demais.[13]

Tais fatores denotam um Judiciário que passou a fazer parte da formulação dos direitos juntamente ao Legislativo e, com a ampliação dos instrumentos processuais – ação civil pública, ação popular, ação de improbidade – passou a exercer controle direto nas ações do Executivo, com atuação direta quanto à efetivação de direitos.[14]

Desta feita, o processo de consolidação democrática propicia a intervenção de tribunais em questões políticas, a fim de resguardar a supremacia constitucional. Vê-se, assim, o Poder Judiciário como agente ativo na implementação de políticas

---

[12] BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP.** Belo Horizonte, ano 7, n.25, p.12, abril/jun 2009.
[13] VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil. **Revista Direito GV.** São Paulo, p. 391-399, jul/dez 2008.
[14] ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva.** Rio de Janeiro, n.20, p. 40, fev 2010.

públicas, contextualizando-o como protagonista em um quadro político-institucional, o qual convencionou denominar judicialização da política.[15]

Em linhas gerais, o fenômeno corresponde a uma “invasão do Direito sobre o social”[16], ou seja, há maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário a ensejar efetiva participação no processo de formulação e/ou implementação de políticas públicas. Neste sentido, o cidadão se volta ao Judiciário como estratégia de mobilização de recursos e argumentos para a defesa e conquista de direitos.[17]

Dentro desse arranjo, constata-se um resultado dúbio, qual seja: de um lado, o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, como uma das mais importantes instâncias políticas da nação; por outro, uma corte soterrada de processos, devendo conciliar seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com o papel de prestador de serviços forenses, na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais.[18]

E assim é que em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 (vinte mil cento e vinte e dois) casos resolvidos em 12 (doze) meses, enquanto em 2013, essas mesmas estatísticas registraram 50.006 casos julgados para o período de 01/01/2013 a 19/08/2013, ou seja, em aproximadamente 8 (oito) meses decidiu-se mais que o dobro de causas, devido a sua atuação política e de mediação social.[19]

Com isso, a perspectiva que enfatiza o movimento da Judicialização evidencia o Poder Judiciário como protagonista no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. No entanto, apesar do destaque no cenário político, o Poder Judiciário é regido pela máxima latina *nemo iudex sine actore,* ou seja, não há juiz sem autor, o que acarreta a necessidade de provocação para concretizar os direitos daquele que se sente lesado, restando inerte enquanto não chamado à resolução da lide.

---

[15]VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil. **Revista Direito GV.** São Paulo, p. 390-391, jul/dez 2008.
[16]VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula. Dezessete Anos de Judicialização da Política. ***Cadernos Cedes.*** Rio de Janeiro, n.08, p.03, dez 2006.
[17]ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva.** Rio de Janeiro, n.20, p. 39/40, fev 2010.
[18]VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV.** São Paulo, p. 410, jul/dez 2008.
[19]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Dados estatísticos disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesinicio. Acesso em: agosto 2013.

3 A TENSÃO ENTRE OS PODERES

As políticas públicas não é uma categoria definida instituída pelo Direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.

Em um constitucionalismo contemporâneo em que o Poder Legislativo é omisso e o Poder Executivo não promove as políticas públicas, constata-se uma alteração no quadro político-institucional, onde a implementação das políticas públicas sai da órbita desses e migra para o Poder Judiciário, é a judicialização da política.[20]

Por óbvio, atualmente o Judiciário não apenas revela o direito, a partir da subsunção às normas jurídicas, mas também pondera princípios e chega a decisões que não estão claramente postas na legislação,[21]promovendo a adequação dos princípios constitucionais às possibilidades jurídicas e fáticas.

Tal ponderação coloca em pauta a desconstrução do velho dogma da filosofia política, qual seja, a separação rígida dos três poderes, em que as instâncias políticas eram competentes pelo deslinde das questões morais e sociais, enquanto as instâncias judiciárias apenas resguardavam o que foi decidido politicamente.[22]

A gênese da teoria da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles (382-322 a.C.), em sua obra, “A Política”, em que isolou três tipos distintos de atos estatais: o ato deliberativo, o executivo e os atos judiciais, sem adentrar ao mérito da funcionalidade dessa separação. À época não se discutia a autonomia dos poderes e era famosa a afirmação de Luís XIV, “L´etat c´est moi" (O Estado sou eu), em que se expressa o poder ilimitado nas mãos dos monarcas.[23]

---

[20]LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Judicialização da Política Pública e o Direito à Saúde: A Construção de Critérios Judiciais e a Contribuição do Supremo Tribunal Federal. **Espaço Jurídico.** Joaçaba, v.12, n.2, p.284 e 289, jul/dez 2011.
[21]PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda Existe Separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política.** Salvador: *Jus* Podivm, 2011. p. 272.
[22]PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda Existe Separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política.** Salvador: *Jus* Podivm, 2011. p. 273.
[23]GUEDES, Juliana Santos. **Separação Dos Poderes? O Poder Executivo E A Tripartição De Poderes No Brasil.** Disponível em:

A estrutura tripartide de organização dos poderes do Estado (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), tal qual se conhece hoje, foi idealizada por Montesquieu em sua obra "O Espírito das Leis", com o reconhecimento da independência e harmonia de funcionamento de cada poder, possibilitando a divisão do poder estatal em diferentes mãos.[24]

Válido destacar que a independência da repartição de poderes consiste no respeito da autonomia de cada esfera, com suas atribuições próprias, de maneira que um poder não se submete ao outro. Enquanto a harmonia deriva da capacidade de fiscalização, da delimitação de um poder pelo outro, a garantir a perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Cabe aferir, ainda, que essa a tripartição não fere a unicidade do Poder Estatal, o qual é indivisível e indelegável, tão somente prevê a distribuição entre órgãos autônomos e independentes das "funções estatais", a fim de proteger a liberdade de cada cidadão frente à autoridade estatal, em um mecanismo de freios e contrapesos, o qual promove a harmonia entre as funções.

Modelo clássico o qual se alicerçou em um paradigma liberal do direito, a separação dos poderes declara que ao Judiciário caberia apenas revelar o direito,[25] ao Legislativo corresponderia o poder de fazer as leis; e, por fim, ao Executivo caberia a aplicação das leis.[26]

Tal tripartição (conjecturado no art. 2º, da CF/88) é atualmente perceptível nos organismos estatais existentes. Há, portanto, o Poder Executivo, que constitui o governo de fato; o Poder Legislativo, composto pelo sistema bicameral (Câmara dos Deputados e Senado), e ainda, o Poder Judiciário, guardião da norma.[27]

---

http://www.portelaadvocacia.com.br/docs/O%20PODER%20EXECUTIVO%20E%20A%20TRIPARTI%C3%87%C3%83O%20DE%20PODERES%20NO%20BRASIL.pdf. Acesso em: set. 2013.

[24]COUCEIRO, Julio Cezar. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartide. **Âmbito Jurídico.** Rio Grande, XIV, n. 94, p.01, nov. 2011.

[25]PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda Existe Separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política.** Salvador: *Jus* Podivm, 2011. p. 273.

[26]GUEDES, Juliana Santos. **Separação Dos Poderes? O Poder Executivo E A Tripartição De Poderes No Brasil.** Disponível em: http://www.portelaadvocacia.com.br/docs/O%20PODER%20EXECUTIVO%20E%20A%20TRIPARTI%C3%87%C3%83O%20DE%20PODERES%20NO%20BRASIL.pdf. Acesso em: set. 2013.

[27]GUEDES, Juliana Santos. **Separação Dos Poderes? O Poder Executivo E A Tripartição De Poderes No Brasil.** Disponível em: http://www.portelaadvocacia.com.br/docs/O%20PODER%20EXECUTIVO%20E%20A%20TRIPARTI%C3%87%C3%83O%20DE%20PODERES%20NO%20BRASIL.pdf. Acesso em: set. 2013.

É de interesse ressaltar a impossibilidade da separação dos poderes ser abolida ou mitigada (art. 60, §4º, III, CF), mas em contrapartida, imprescindível, ainda, salientar que a proliferação de direitos fundamentais nas modernas constituições traz à baila uma nova concepção, a invasão do Judiciário nas deliberações das instâncias políticas.[28] Nesse viés, se ultrapassa a concepção jurídico-formalista, em o Poder Executivo e Legislativo sobrepunham-se ao Judiciário no que condiz a formação de políticas públicas e condução do Estado.[29]

Dessa maneira, a formulação de políticas públicas *à priori* competências do Poder Legislativo e Executivo, em caso de ineficiência e omissão, passam à área de atuação do Judiciário, o qual está autorizado a intervir.[30]

Portanto, apesar da formulação e execução das políticas públicas serem encargos daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandado eletivo, não se revela absoluta a conformação do legislador, nem a atuação do Executivo. Justificável, pois, a maior interferência no espaço de atuação destes dois poderes, com a participação intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.[31]

Ademais, o fato dos membros do Poder Judiciário não terem sido votados não denigre a democracia, uma vez que os seus atos podem ser alvo de controle, inclusive político, como se revela com o *impeachment.*

Ultrapassada, pois, a visão jurisprudencial brasileira que se colocava contrária a qualquer interferência do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, sob o argumento da separação de poderes e da discricionariedade administrativa para dispor a respeito.[32]

Ultimamente, coloca-se a frente das decisões o zelo pela efetiva aplicação e concretização dos direitos fundamentais, conforme prevê a seguinte jurisprudência:

---

[28]PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda Existe Separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política.** Salvador: *Jus* Podivm, 2011. p. 273/274.
[29]CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre? Sergio Antonio Fabris, 1999. p.43.
[30]LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Judicialização da Política Pública e o Direito à Saúde: A Construção de Critérios Judiciais e a Contribuição do Supremo Tribunal Federal. **Espaço Jurídico.** Joaçaba, v.12, n.2, p.294, jul/dez 2011.
[31]BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP.** Belo Horizonte, ano 7, n.25, p.18-20, abril/jun 2009.
[32]BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP.** Belo Horizonte, ano 7, n.25, p.22, abril/jun 2009.

> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade Constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).[33]

No fundo, portanto, o Poder Judiciário passou a atuar como detentor da palavra final sobre questões políticas e morais, bem como compartilha da tarefa de implementação dos direitos fundamentais,[34] assim a necessidade em efetivar as políticas públicas, para garantir os direitos previstos na Constituição, permite a releitura e reinterpretações funcionais.[35]

Em verdade, não se trata de buscar a absolutização das searas de competência, mas de demarcação de certo equilíbrio das ações de cada poder, em consonância aos direitos fundamentais.

Assim, uma política pública pensada no âmbito do Poder Executivo, sob a análise de seus Ministérios, pode vir a ser complementada pelo Congresso Nacional e, ao final, o Judiciário pode ainda dar a sua colaboração, aprimorando o debate, indicando a forma de executá-las para melhor atender aos anseios sociais.[36] E, no caso de descumprimento de uma política pública ou a omissão na sua realização, possível a intervenção do último no desempenho das funções dos outros Poderes, a

---

[33]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC / DF - Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Publicação no DJ: 04/05/2004. Partes: Partido Da Social Democracia Brasileira – Psdb e Presidente Da República.

[34]PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda Existe Separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política.** Salvador: *Jus* Podivm, 2011. p. 309.

[35]Para mais sobre o assunto, consulta: AI 810410 AgR / GO – Goiás e RE 642536 AgR / AP – Amapá.

[36]PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda Existe Separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política.** Salvador: *Jus* Podivm, 2011. p. 309.

atuar em prol dos cidadãos e da solidez dos princípios democráticos. Nesse sentido o fundamento da judicialização da política reside na Supremacia da Constituição.[37]

4 ESTATÍSTICAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A redemocratização aumenta as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos seus direitos e garantias, e, assim, majora a demanda da sociedade por justiça.[38] Nesse passo, o Judiciário vem assumindo papel relevante quanto à tomada de providências para protegê-los.[39]

À luz dessas diretrizes, a democracia nunca esteve tão vivaz, em um sistema no qual os juízes interpretam sob uma perspectiva transformadora com o manto da racionalidade, de modo a resguardar o ordenamento jurídico.[40]

Portanto, ampliam-se as responsabilidades do Poder Judiciário, que passa a ter que solucionar casos que, outrora, não eram de sua competência, responsabilizando-se por questões sobre o arranjo institucional político e, no âmbito Social, o controle jurisdicional das políticas públicas.[41]

Consciente dos seus direitos, a sociedade recorre ao Poder Judiciário a fim de pleitear seus crescentes anseios, portanto, não é de se espantar a explosão na litigiosidade:

Tabela 1
Movimento Processual em Gráficos

Movimentação STF	Processos Protocolados	Processos Distribuídos	Julgamentos	Acórdãos Publicados
2013*	38.716	23.798	43.627	6.306
2012	72.148	46.392	87.784	11.794

[37]VERBICARO, Loiane Prado. A Judicialização da Política à Luz da Teoria de Ronald Dworkin. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Loiane%20Prado%20Verbicaro.pdf. Acesso em: agosto, 2013

[38]BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 7, n.25, p.10, abril/jun 2009.

[39]ALMEIDA, Elizangela Santos de. A imprescindibilidade da atuação do Ministério Público para a efetivação de políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11803>. Acesso em ago 2013.

[40]VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil. **Revista Direito GV.** São Paulo, p. 405, jul/dez 2008.

[41]SODRÉ, Habacuque Wellington. A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesses: a análise dessa relação a partir do estudo do caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.** Belo Horizonte, ano 1, n.1, p.95, jan/mar 2007.

2011	64.018	38.019	97.380	14.105

* Fonte:Supremo Tribunal Federal[42]

A crescente atuação do Judiciário torna perceptível a mudança do Brasil quanto à definição do significado cultural e determinação do papel institucional do Judiciário.[43] Ademais, o crescente número de processos ajuizados justifica-se pela previsão legal do acesso gratuito à justiça.[44]

A fim de melhor visualizar a atuação do STF, se destaca o uso de das seguintes garantias constitucionais: mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade.[45]

O mandado de injunção, remédio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXXI, CF/88, é concedido ante a ausência de norma regulamentadora que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Possível que o juiz colmate uma omissão para melhor garantir a supremacia dos direitos. A análise a seguir aprecia o número de Mandados de Injunção Registrados, Distribuídos e Julgados:

Tabela 2
Mandados de Injunção Protocolados, Distribuídos e Julgados

Período	Registrado	Distribuído	Julgado
2008	140	135	52
2009	1.371	1.366	1.088
2010	1.245	1.251	1.341
2011	761	754	1.283
2012	806	802	1.404
2013	546	547	1.076

*Fonte:Supremo Tribunal Federal.[46]

---

[42]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual Acesso em 22/08/2013.
[43]CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol.12, n. 34, p.151, jun 1997.
[44]BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 7, n.25, p.38, abril/jun 2009.
[45]CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol.12, n. 34, p.151, jun 1997.
[46]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse. Acesso em 23/08/2013.

Apesar da grande oscilação quanto ao número de Mandados de Injunções, notável a recorribilidade ao STF a fim de viabilizar um direito, liberdade ou prerrogativa pendente de norma regulamentadora da Constituição.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é ajuizada devido à omissão por parte do legislador e/ou normatizador infralegal, ou omissão do ente administrativo competente, no que se referem às normas constitucionais de eficácia limitada. Segue apreciação estatística da ADO, a reafirmar a interação do Judiciário ao sistema político, em face de permissão de um direito constitucional não usufruído:

Tabela 3
ADI's por Omissão Protocolados, Distribuídos e Julgados

Período	Registrado	Distribuído	Julgado
2008	5	5	-
2009	3	3	-
2010	3	3	3
2011	6	6	-
2012	3	3	6
2013	2	2	3

*Fonte: Supremo Tribunal Federal[47]

Os dados fornecidos pelo STF transparecem o desempenho institucional do Judiciário como um órgão político, ao gerir e intervir nas políticas públicas, pautado pela razoabilidade, proporcionalidade e cuidadosa ponderação dos princípios a cada caso concreto.[48]

Por fim, a presente pesquisa irá apurou um espaço amostral de 680 ementas de acórdão, sob os mesmos critérios de Marcus Faro de Castro, em sua obra, O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política,[49] quais sejam: a) número do processo; b) tipo de ação ou recurso; c) data da publicação; d) natureza do conflito de interesse; e) classe de matéria; f) tipo específico de decisão.

A presente pesquisa abordou metodologicamente a partir da construção da referida pesquisa, no entanto dar-se-á prioridade à análise quanto à classe de matéria (avaliada de maneira subjetiva). Foram apreciadas cuidadosamente as

---

[47]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse. Acesso em 23.08.2013.
[48]BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP.** Belo Horizonte, ano 7, n.25, p. 39, abr/jun 2009.
[49]CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol.12, n. 34, p.151/154, jun 1997.

ementas de acórdãos cuja matéria seja: política setorial (condizentes às políticas públicas federais, excluídas as políticas macro-econômicas); e, política local (devido aos conflitos entre autoridades locais, ou referentes a políticas públicas de governos estaduais ou prefeituras).

O exame que se segue utilizou uma amostra de 680 (seiscentos e oitenta) ementas de acórdãos publicados no Diário de Justiça da União (DJU), entre janeiro a agosto de 2013, vide anexo. Face à aleatoriedade de escolha de decisões para apreciação, o critério de pesquisa se ateve à temporalidade. Até a presente data, 23.08.2013, foram publicados 3.193 (três mil cento e noventa e três) acórdãos, portanto a amostra corresponde a uma parcela.

Tabela 4
Acórdãos Analisados em Jan/Ago 2013

Período	Número de Acórdãos
Janeiro/2013	1
Fevereiro/2013	43
Março/2013	176
Abril/2013	42
Maio/2013	47
Junho/2013	115
Julho/2013	69
Agosto/2013	187
TOTAL	**680**

Em consideração ao objetivo principal da presente análise de dados, qual seja promover um estudo comparável ao projeto lançado por Marcus Faro de Castro, em 1994, foram excluídos da análise os processos de habeas corpus e de natureza penal. Portanto, com exceção dos dados da tabela 4, os demais números apresentados como resultado de pesquisa excluem os processos de natureza penal, deixar-se-ão de constar 102 processos, 15% do valor total da amostra, nas posteriores avaliações.

Esclarecido o critério de escolha das decisões, bem como prestadas informações quanto ao foco e limites deste projeto, válido começar a análise de dados estatísticos diante da apresentação, a pormenor, da porcentagem referente a cada classe de matéria sujeita à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

Tabela 5
Matérias Julgadas pelo STF

Matéria	Nº de Processos	Porcentagem
Política Fiscal E Tributária	79	11,61%

Política Monetária	5	0,73%
Política De Rendas	18	2,64%
Políticas Setoriais	51	7,50%
Processo Eleitoral	4	0,58%
Política Local	25	3,67%
Processo Político Nacional	20	2,94%
Política Externa (extradição)	1	0,14%
Matéria Processual	349	51,32%
Matéria Não Classificada	26	3,82%

Antes de se promover qualquer conclusão quanto aos dados supramencionados, necessário se faz a ciência dos resultados alcançados, em 1994, para promover as devidas ponderações.

Tabela 6
Quadro Comparativo das
Matérias Julgadas pelo STF

Matéria	Porcentagem 1994	Porcentagem 2013
Política Fiscal e Tributária	58,1%	11,61%
Matéria Processual	23,2%	51,32%
Política Monetária	0,89%	0,73%
Política de Rendas	2,10%	2,64%
Políticas Setoriais	3,06%	7,50%
Processo Eleitoral	0,16%	0,58%
Política Local	2,42%	3,67%
Processo Político Nacional	0,16%	2,94%
Política Externa (extradição)	0,48%	0,14%

A política fiscal e tributária e a matéria processual lideram os processos discutidos no Supremo Tribunal Federal, tanto em 1994 quanto em 2013, no entanto há uma inversão de hierarquia entre esses.

O aumento considerável de análise de matéria processual, de 28,88%, traz a margem uma indagação plausível, qual seja, caberia ao tribunal, encarregado pelo controle de constitucionalidade, dedicar tanto recurso institucional a essa finalidade?

As ementas supracitadas referem-se, em sua maioria, ao desprovimento em razão de interposição errônea de recurso, impossibilidade de revolvimento de provas, embargos puramente protelatórios, intempestividade processual, processos que acabam por sobrecarregar o Judiciário.

Quanto à discussão tributária e política fiscal, verifica-se, ainda, número significativo de julgamentos nessa seara, o que possivelmente justificaria a criação de um ramo na Justiça Federal especializada em tais litígios.[50]

O quadro comparativo de matérias julgadas pelo STF permite, por fim, concluir a maior intervenção do Poder Judiciário no quadro político, um aumento de 4,44% de julgamentos correspondentes à matéria Político Setorial, bem como aumento de 1,25% quanto à matéria Político Local.

Nas classificações supracitadas, o presente estudo coletou decisões referentes às políticas públicas federais e políticas públicas de governos estaduais ou prefeituras, o que permitiu concretizar empiricamente a atuação do Supremo Tribunal Federal e averiguar o óbvio, a judicialização das políticas públicas.

Constata-se, pois, o protagonismo do Poder Judiciário no tratamento das questões sociais, agente ativo na efetivação dos direitos, além de maior conscientização da sociedade, ao requerer de forma mais ativa, no âmbito judicial, o adimplemento das políticas públicas. Possível concretizar a expansão judicial e mais, consolidar o processo democrático, em respeito ao exercício da cidadania, dos direitos políticos, como possa aparentemente transparecer.

Nesse sentido, a análise de dados quanto à matéria do processo político nacional, compreende a legitimidade constitucional e a crescente atuação do Supremo Tribunal Federal para efetivar as políticas públicas.

CONCLUSÃO

O protagonismo do Judiciário no tratamento de questões políticas e sociais, ante a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo é o mote principal da presente pesquisa, de maneira a inserir o leitor em um conjugado de teorias e pesquisas empíricas a respeito do avanço judicial em matérias outrora de competência exclusiva do campo político.

Nesse sentido, se concebe um trabalho contemplador da concepção material e formal de uma democracia pautada na efetivação dos direitos sociais e na

[50]CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol.12, n. 34, p.151/154, jun 1997.

concretização das políticas públicas, bem como evidenciador do processo de judicialização.

Para tanto, se constata, diante de apreciação de dados estatísticos, uma sociedade voltada às questões políticas, preocupada com o bem estar social, em razão da crescente postulação de ações frente ao Judiciário para poder externar sua voz e, ainda, um Poder Judiciário participativo, preocupado com a garantia e efetivação dos preceitos constitucionais.

O fenômeno da judicialiazação, a rigor, não é recente. Isto é, não se está a discutir um tema do século XXI. A judicialização de várias demandas de ordem política já ocorre há tempos. Entretanto, há uma questão que parece ser o cerne de toda a onda de debates sobre o referido fenômeno nas academias de Direito. Ela se refere ao fato da assunção por parte do judiciário de um papel que, em tese, não lhe coube constitucionalmente.

Além disso, o próprio movimento das instituições políticas e sociais sugerem que a tais instituições encontraram um novo caminho e espaço para discutir as suas demandas: o poder judiciário. Diante da impossibilidade do poder judiciário de omitir frente a uma provocação, essa função do Estado acaba por se configurar uma válvula de escape para aqueles assuntos que as instituições não foram capazes de resolver por meio de um consenso político.

As perspectivas de judicialização trabalham, ainda, com a proeminência de outors atores como, por exemplo, o Ministério Público na efetivação dos direitos sociais e coletivos, em consideração à sua capacidade institucional de criar um espaço de diálogos a possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas.[51]

Por fim, cabe ressaltar, inclusive a partir da pesquisa apresentada nesse artigo, que a judicialização da política é um fato. Isto é, pouco efeito ou nenhuma serventia há em se discutir se ela ocorre ou não, se é boa ou não etc. A essência da discussão reside, portanto, como os meios sociais e jurídicos lidarão com a recorrência desse tipo de demanda e como ela irá influir na (re)construção dos paradigmas do Estado Democrático de Direito. Daí a ideia de convergência de

---

[51]ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, n.20, p.50,fev. 2010.

saberes e práticas a viabilizar a consolidação de respostas concretas às necessidades sociais. Portanto, não se trata mais de se ter o direito, mas de exercê-lo.[52]

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Elizangela Santos de. A imprescindibilidade da atuação do Ministério Público para a efetivação de políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponívelem:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11803>. Acesso em ago 2013.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva.** Rio de Janeiro, n.20, fev 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP.** Belo Horizonte, ano 7, n.25, abril/jun 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC / DF - Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Publicação no DJ: 04/05/2004. Partes: Partido Da Social Democracia Brasileira – Psdb e Presidente Da República.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Dados estatísticos disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesinicio. Acesso em: agosto 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual Acesso em 22/08/2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre? Sergio Antonio Fabris, 1999.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol.12, n. 34, jun 1997.

COUCEIRO, Julio Cezar. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartide. **Âmbito Jurídico.** Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011.

Discurso proferido em agosto de 2008, pelo Professor Luis Roberto Barroso, transmitido pela TV Justiça no Programa Aula Magna: **O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito.** Disponível em: < http://www.youtube.com/watch?v=ec31ITi2t8g>. Acesso em: set. 2013.

GUEDES, Juliana Santos. **Separação Dos Poderes? O Poder Executivo E A Tripartição De Poderes No Brasil.** Disponível em: http://www.portelaadvocacia.com.br/docs/O%20PODER%20EXECUTIVO%20E%20A%20TRIPARTI%C3%87%C3%83O%20DE%20PODERES%20NO%20BRASIL.pdf. Acesso em: set. 2013.

---

[52]ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, n.20, p.51/52,fev. 2010.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LEAL, Saul Tourinho. **A nova face da Jurisdição Constitucional Brasileira.** Salvador: *Jus* Podivm, 2011.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Judicialização da Política Pública e o Direito à Saúde: A Construção de Critérios Judiciais e a Contribuição do Supremo Tribunal Federal. **Espaço Jurídico.** Joaçaba, v.12, n.2, jul/dez 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda Existe Separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política.** Salvador: *Jus* Podivm, 2011.

SODRÉ, Habacuque Wellington. A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesses: a análise dessa relação a partir do estudo do caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.** Belo Horizonte, ano 1, n.1, jan/mar 2007.

VERBICARO, Loiane Prado. A Judicialização da Política à Luz da Teoria de Ronald Dworkin. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Loiane%20Prado%20Verbicaro.pdf. Acesso em: agosto, 2013

VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil. **Revista Direito GV.** São Paulo, jul/dez 2008.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "à brasileira". **Revista Direito GV.** São Paulo, jul/dez 2008.

VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula. Dezessete Anos de Judicialização da Política. ***Cadernos Cedes.*** Rio de Janeiro, n.08, dez 2006.

XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito.** Disponível em: http://www.acsmce.com.br/wp-content/uploads/2012/10/ESTADO-DE-DIREITO-E-ESTADO-DEMOCR%C3%81TICO-DE-DIREIT.pdf. Acesso em: agosto 2013.

CAPÍTULO 3

A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E DIREITO: SOB A PERSPECTIVA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A ESFERA PÚBLICA HABERMASIANA

João Francisco da Mota Junior[53]
DOI 10.1111/9788565604208.03

RESUMO: Pretende este artigo identificar a concepção de Jünger Habermas acerca da esfera pública em instrumentos de participação direta do cidadão no Brasil. Será analisado o exercício da cidadania, por meio de alguns dos diversos instrumentos de participação social como conferências, conselhos, fóruns e mesas de diálogo, numa visão habermasiana, e se eles representam uma conquista, legitimidade e empoderamento de espaços públicos, bem como podem contribuir na conquista de direitos. A hipótese foi construída a partir da constatação de que a participação cidadã nos processos decisórios com a utilização do princípio do discurso, além da realização do status activae civitatis, se transforma e se concretiza em princípio democrático e garantista de direitos.

Palavras-chave: Participação social; Esfera pública; Jürgen Habermas; Conquista de direitos.

ABSTRACT: This article aims to identify the design Jünger Habermas on the public sphere in instruments of direct participation of citizens in Brazil. Will analyze the exercise of citizenship, through some of the various instruments of social participation as conferences, councils, forums and roundtables, in Habermas'view, and if they represent an achievement, empowerment and legitimacy of public spaces, and can contribute the conquest of rights. The hypothesis was constructed from the observation that citizen participation in decision making with the use of the principle of speech, as well as holding the status activae civitatis, turns and loses itself in the democratic principle and garantista rights.

Keywords: Social participation; Public sphere; Jürgen Habermas; Conquest of rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição Cidadã, sem dúvida, contém um espírito participativo e democrático, ainda de questionável concretização, ou de forte conteúdo liberal-burguês para outros.

[53] Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasilense de Direito Público – IDP. Graduado em Direito e Especialista em Processo Civil e Penal-UFBA, Pós-Graduado em Ciências Jurídicas - UCSal/EMAB e Especialista em Direito Empresarial – UCAM/Instituto A Vez do Mestre. Professor da Unieuro (Brasília-DF). Analista de Finanças e Controle - Controladoria-Geral da União, requisitado à Presidência da República

Na década de 80, antes mesmo da Assembleia Nacional Constituinte, a mobilização social ganhava mais força, pretendendo reforçar (ou garantir) o processo democrático e a participação cidadã, o que foi materializado pela Constituição de 88.

Em face dessa mobilização social, pretende este artigo questionar se o exercício da cidadania por meio de seus diversos instrumentos de participação social como conferências, conselhos, fóruns e mesas de diálogo representa uma conquista, legitimidade e empoderamento de espaços públicos, na visão habermasiana, e como eles podem contribuir na conquista de direitos.

Diante das afirmações acima, surge a seguinte problematização: é possível identificar a concepção de Junger Habermas acerca da esfera pública em instrumentos de participação direta do cidadão no Brasil?

Participar é democratizar, é exercer uma cidadania, com funções de criação, avaliação, fiscalização, controle e garantia de direitos. Neste contexto, se discute representar a participação popular, quiçá, como o mais importante processo de construção normativa, garantista e legítima.

Os vinte e cinco anos da Constituição Cidadã, de fato, devem ser lembrados e comemorados. Rompeu-se com um regime militar. Democratizou-se. No entanto, a concretização de direitos muito ainda deixa a desejar e quem sabe o cidadão não apenas seja o titular do poder soberano, mas exerça sua função garantidora e participativa.

2 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

2.1 A cidadania participativa e instrumentos de participação

O processo de redemocratização na década de 80 ganhou ápice com a promulgação da Carta de 88. Contrários ao regime militar, os anseios sociais, a complexidade da sociedade brasileira - aliados ao processo de globalização vigente - fizeram surgir novos “espaços públicos” e a concretização da participação cidadã nesses processos mobilizadores.

Com a redemocratização e a Constituição de 1988, o Estado Brasileiro passa a se basear no princípio democrático, exercido pela soberania popular, poder que

lhe é inerente. Por meio de pessoas que o representam, em prol do interesse coletivo, os representantes do povo devem sempre respeitar seus interesses.

O direito de participação popular, consagrado pela Constituição (art. 1º, §1º) não consiste apenas em fazer cumprir sua vontade por meio da eleição de seus representantes, mas também em um rol de direitos fundamentais dele decorrente.

Em sendo esta cidadania como fundamento do Estado Democrático nada menos que 30 artigos constitucionais indicam e incentivam formas de participação social, como o direito de peticionar junto aos Poderes Públicos para a defesa de seus direitos (art. 5º, XXXIV); de fiscalizar as contas municipais (art. 31, §3º); de denunciar irregularidades ou ilegalidades (art. 74, §2º); de participar da seguridade social (art. 194, VII), dos conselhos de gestão de saúde (art. 198, III), assistência social (art. 204, II), e educação (art. 206, VI); de cooperar por meio de associações no planejamento municipal (art. 29, XII), apenas exemplificando.

Permitir a participação cidadã nos processos decisórios é possibilitar a realização do status activae civitatis (PEREZ, 2004, p. 72) de modo efetivo, e a plena "interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação de sua vontade" (DALFINO, 1995, p. 131).

Neste contexto, os diversos canais de participação social como os conselhos, conferências, ouvidorias, comitês, fóruns e mesas de negociação e de diálogo são fundamentais para uma melhor democratização não apenas de políticas públicas, como de qualquer outra área ou tema em que a participação popular seja importante para uma melhor eficácia e eficiência da ação ou atividade que se pretenda.

Os Conselhos de Políticas Públicas[54] são espaços públicos de composição plural e paritária entre Estado e sociedade civil, normalmente de natureza deliberativa e consultiva, cuja função, em geral, é formular e controlar a execução das políticas públicas setoriais. Como formação, os conselhos são heterogêneos e híbridos. No entanto, seus formatos institucionais e composições não são homogêneos, nem existe normativo geral que os discipline, sendo realizado de

[54] A polissemia e os diversos empregos da expressão "conselho" complicam a pretensão de uma definição conceitual, sendo que alguns o denominam de "conselhos representativos da sociedade civil", outros de "conselhos de Participação Popular", "conselhos de controle de políticas públicas", "conselhos gestores", "conselhos sociais", além de outras terminologias, como conselhos de programas, conselhos de políticas, conselhos temáticos, conselhos de direito, conselhos setoriais, conselhos comunitários e conselhos populares

acordo com as competências conferidas aos entes federativos, bem como a iniciativa própria da mobilização social.

De forma geral, os conselhos podem ser definidos como órgãos públicos permanentes e autônomos, vinculados a órgãos do Poder Executivo, de caráter deliberativo e/ou consultivo, de composição participativa, como regra, sendo criado por lei ou decreto do Poder Executivo de cada esfera federativa; com poder emancipatório de influenciar a vontade normativa do Estado, bem como definir diretrizes para a elaboração dos planos, programas, ações e políticas sociais e dos recursos envolvidos, além de exercer funções de controle e fiscalização das políticas nas áreas em que se inserem.

A classificação dos conselhos é matéria difícil, seja pela heterogeneidade em suas formações, estruturas, finalidades e atuações seja pela deficiência de doutrinária específica sobre o tema.[55] “Outrossim, alguns conselhos têm natureza constitucional, sendo a maior parte deles criada por lei, além de outros atos normativos, dando-lhe caráter institucional.[56]

Verifica-se que no último Balanço de Governo realizado pelo Ministério do Planejamento, registrou-se a existência de mais de 10 mil conselhos em todo o Brasil, nos âmbitos federal, estadual e municipal (BRASIL, 2011).

Na esfera federal, dos 39 Conselhos Nacionais[57], 32 deles foram criados e reformulados pós-88.

As Conferências Nacionais, por sua vez, são espaços privilegiados de debate e construção de propostas para o avanço das políticas públicas que vão incorporando novos formatos de participação e mobilização, como as conferências livres, as virtuais e as consultas dirigidas a grupos específicos.

Em 2012 foram realizadas 07 Conferências Nacionais. Já em 2011 realizaram-se oito, com a participação de cerca de 10 mil delegados nos eventos nacionais e outros 2 milhões nas etapas preparatórias. Conforme dados do IPEA

---

[55] Cf. MOTA JUNIOR. João Francisco da. **Proposição para uma tipologia da classificação dos conselhos sociais e sua importância na efetivação dos direitos humanos**. Consilium. Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitario Euro-Americano, n. 6, vol.1, maio-agosto 2012, além GOHN (2000), idem

[56] Registra-se, ainda, a existência de conselhos não-paritários quando formados **exclusivamente pela sociedade civil**, sem qualquer representatividade do Poder Público, como acontece em muitos conselhos comunitários constituídos

[57] Incluindo 03 “Comissões Nacionais”, de cunho deliberativo e participativo

(2013), considerando o conjunto das etapas, 117 mil pessoas participaram, em media,ì de cada conferência típica, e envolveram 2.200 municípios, considerado o período de 2003 a 2011.

As Mesas de Diálogo ou de Negociação são espaços de construção de pactos para a construção de políticas públicas e a tomada de decisões consensuadas envolvendo, usualmente, governo, iniciativa privada e a representação dos trabalhadores ou de movimentos sociais. São constituídas para o aprofundamento de temas específicos.

Destacam-se ainda os Planos Plurianuais (PPA's) Participativos. Nos ciclos do PPA 2004-2007, PPA 2008-2011 e PPA 2011-2014, a sociedade civil e um conjunto de entidades de áreas temáticas diversificadas têm sido convidadas a participar das definições dos objetivos, concepções e metas dos programas do Plano Plurianual.

Há a ainda instrumentos de participação popular, diretamente, como as consultas e audiências públicas, outros colegiados públicos e reclamações. Ademais se têm as denúncias anônimas e a promoção de mecanismos de proteção ao denunciante, ou gerando segurança em comunicar atos lesivos ao Estado, fomenta-se o controle social e efetivam-se práticas anticorruptivas, fiscalizadoras e geracionais.[58]

Desses todos os canais, alguns se remetem ao processo de construção da cidadania e à promoção do protagonismo autônomo da sociedade civil, ao passo que outros são iniciativas do poder público no âmbito de políticas de descentralização e modernização do Estado (na esfera subnacional). Alguns são típicos de utilização pelo Poder Executivo, outros são vem sendo muito utilizados pelos outros Poderes como as audiências públicas e fóruns no âmbito do Legislativo e do Judiciário.

O conceito de participação social deve envolver múltiplas ações, por diferentes forças sociais, encontrando-se ainda intimamente ligado à problemática do poder, sob diferentes perspectivas políticas.

[58] A professora e doutora Odete Medauar, referindo-se aos controles sociais ou não institucionalizados da sociedade sobre a Administração Pública, cita as manifestações das entidades da sociedade civil, manifestações dos partidos políticos, os abaixo-assinados, as passeatas, a atuação da imprensa e as manifestações dos leitores nas sessões de cartas da imprensa. In **Direito Administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 441

A democratização traz, por si só, uma gama de direitos humanos a ela atrelados, como a transparência, a publicidade, o direito de informação, o desenvolvimento social e econômico. Por meio dela desenvolvem-se mecanismos de controle, monitoramento ou fiscalização social de ações governamentais ou outros temas vinculados aos direitos humanos.

A cidadania participativa traduz-se em lema de um Estado Democrático contemporâneo, e deve ser entendida como ferramenta fundamental na formação de processos decisórios e deliberativos. A emancipação e empoderamento político por eles trazidos denotam inconteste seu caráter de controle público. Discutir-se-á, no entanto, a função que exerce este controle e sua importância na e para a democracia.

2.2 A esfera pública e Habermas

O estudo da “esfera pública” representou um elemento central no processo de reconstrução da teoria crítica, na segunda metade do século XX.[59]

O conceito de esfera pública, assim, passou a ter duas dimensões: uma como forma de integração legal de grupos, associações e movimentos, e outra quanto à tensão entre a autonomia da crítica cultural e o caráter comercial do processo de produção cultural (AVRITEZ, 2004, p. 705/706).

De muitos autores que se debruçaram sobre o tema, destacam-se os estudos do filósofo alemão Jünger Habermas, por entender que seu conceito de esfera pública corresponde a um mais atual e intimamente ligado à ideia de democracia deliberativa e procedimental.

Pela Mudança Estrutural da Esfera Pública (1962), se pode extrair da obra de Habermas duas áreas de investigação, a saber, as teorias sobre movimentos sociais e sociedade civil, e o estudo dos meios de comunicação em massa.

Na emergência de uma descrição de uma esfera pública mais moderna, ~~Habermas naquele momento~~, enfatiza a ideia de decadência quanto à separação tradicional entre público e privado.

---

[59] Além de HABERMAS (1990a), destaca-se CALHOUN (1992).

Contudo, com o desenvolvimento da sua Teoria da Ação Comunicativa (1981), Habermas passaria a revisar analiticamente o conceito de esfera pública para um espaço de construção democrática de opinião e vontade coletiva como mediador – necessário – entre a sociedade civil e o Estado e o sistema político.

Ao se diferenciar na sociedade sistema e mundo de vida, o processo comunicativo de formação da opinião e vontade coletiva, no âmbito da esfera pública, é responsável pela mediação entre o mundo da vida e o sistema político, de modo que, as experiências vividas e os impulsos providos daquele passam a fazer parte de tomadas de decisões.

Após críticas e revisão do conceito originário de espera pública, com a obra Direito e Democracia: entre a facticidade e validade de 1992[60], Habermas amplia[61] e repensa tal concepção.[62]

Por meio de concepção teórico-discursiva da democracia e pela teoria do discurso do direito, Habermas busca conjugar a autonomia pública com a privada, de modo a superar os desafios da democracia contemporânea. Ao defender uma coexistência entre a autonomia pública e privada, Habermas faz uma releitura dos papéis distintos, mas complementares, do Estado Democrático de Direito, direitos humanos e soberania popular. Através de uma relação interna entre sistema de direitos e democracia, reconstrói a relação do direito legítimo com o poder político.

---

[60] O título é a versão em português do original alemão Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, que significa: "Facticidade e Validade: Contribuições para a Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito". A edição original foi publicada em 1992 pela editora alemã Suhrkamp, de Frankfurt. A edição em português foi traduzida pelo Prof. Flávio Beno Siebeneichler e publicada em 1997, em dois volumes, pela Editora Tempo Brasileiro

[61] "[...] a esfera pública constitui conceito-chave para a democracia deliberativa de Habermas, tendo sido modificada pelo próprio autor como articulação entre o sistema e o mundo da vida, tendo passado de uma forma defensiva (isolamento/sitiamento) até um aspecto ofensivo (eclusas) de integração do poder comunicativo com o administrativo, podendo ser classificada em episódica (ex: bares, cafés, encontros de rua), da presença organizada (ex: reuniões de partidos, público que frequenta determinados espaços de coletividade e interesse comum) e abstrata produzida pela mídia" (LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelos teóricos e discursos criticosì. Revista KriterioN, Belo Horizonte, n.121, p.227-258, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/kr/ v51n121/12.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013).

[62] Esta concepção discursiva de esfera pública não eliminou "críticas e complementos importantes", as quais são relevantes suas considerações, sobretudo, "quando se pretende usar tal modelo fora de um berço de origem na Europa" AVRITEZ, 2004, p. 710), como BENHABIB (1995), ARATO e COHEN (1992) e FRASER (1992, 2002).

Neste contexto, a esfera pública ganha papel de destaque, “um fenômeno social e elementar do mesmo modo que a ação, o grupo ou a coletividade” (HABERMAS, 2003b, p. 92).

A esfera ou espaço público habermasiano não pode ser confundida com uma instituição, organização ou outra qualquer estrutura normativa, bem como não é possível previamente estabelecer seus limites e fronteiras. Trata-se de uma estrutura aberta, e ainda que muito ligada ao espaço concreto, a ele não deve se atrelar[63] uma vez que, desligado deste espaço físico, a existência de outros espaços como o virtual[64][65] faz generalizar o conceito e conceder-lhe uma dimensão abstrata (HABERMAS, 2003b, p. 93).

A esfera pública pode ser “descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 2003b, p. 92).

Para Manuel Castells (2008), a esfera pública deve ser entendida não apenas como mídia ou lugares socioespaciais de interação pública, mas como o lugar em que diversas formas da sociedade civil estabelecem o debate público. Assim, de acordo com o autor americano, a esfera pública, a comunicação e a interação entre cidadãos, sociedade civil e o estado asseguram manter o equilíbrio entre estabilidade e mudança social.

A Constituição Brasileira de 1988 “foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos na sociedade, na institucionalidade emergente, abrindo espaço para a prática da democracia participativa” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 65). Nela, ampliaram os direitos políticos, em especial em questões como: descentralização administrativa e incorporação da participação de cidadãos e organizações da sociedade civil na gestão de políticas públicas (SOUZA, 2005).

---

[63] Se não se trata de organização, também não constitui necessariamente um espaço físico.
[64] Etapas das Conferências Nacionais são um grande exemplo de discussão virtual.
[65] No livro ?Cibeciudadanía@ o Ciudadaní@.com?, LUÑO salienta a importância de instrumentos tecnológicos como exercício da democracia participativa, uma vez que “é preciso levar a sério a cidadania cosmopolita” (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Cibeciudadanía@ o Ciudadaní@.com?.** Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 12).

3 – A PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A CONQUISTAS DE DIRETOS

3.1 A esfera pública e instrumentos de participação

A atual esfera pública brasileira, de índole constitucional, permite instituir aos poucos um contradiscurso capaz de conferir novos rumos à razão e de gerar um novo equilíbrio entre sistema e mundo da vida. Tal esfera, portanto, representa como um canal emancipatório de modernidade, pelo qual se possibilita a formação de consenso que se fundamenta racionalmente.

Para Luhmann (1983, p. 79), ao questionar a escassez da atenção de um mundo demasiadamente complexo e à indagação quanto à integração das expectativas, “mesmo os sociólogos remetem normalmente ao consenso. Desde a derrocada do direito natural, afirma-se que a vigência do direito está fundamentada em convicções comuns.”

Pode-se compreender o consenso como critério de validação e legitimação das ações humanas. Consequentemente, a regra que nesses instrumentos de participação sempre se buscam um consenso sem pretender excluir ou admitir a existência de opiniões divergentes e dissensos.[66] Com efeito, a existência de dissenso é reconhecida pelo próprio Habermas. E quanto maior a complexidade da sociedade maior será a existência de dissensos (HABERMAS, 2003b, p. 44).

Logo, nos canais diretos participativos deve-se transcender habermasianamemte, uma vez não se aplicar a razão prática, mas sim a razão comunicativa. Daí os argumentos e os diálogos não podem ser inibidos por fazerem parte de um processo lingüístico, comunicativo e discursivo.

Ressalta-se que, para Jeremy Waldron a democracia deliberativa não é ~~apenas o processo que~~ necessariamente conduz a um resultado decorrente da unanimidade. Isto porque as leis, por serem produtos de assembleias amplas e polifônicas, “*son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuedo, y tienen pretensión de autoridad, sin intentar ocultar por ello la controvérsia y la division que envuelve su aprobación”* (WALDRON, 2005, p. 25).

---

[66] Por certo, o risco de dissenso está sempre presente, e é intrínseco ao próprio mecanismo de entendimento

Os canais de participação denotam uma real liberdade comunicativa dos cidadãos em assumirem uma prática de autodeterminação organizada.

O reconhecimento institucional pelo sistema político desses canais é afirmá-los como espaços públicos existentes, e o mundo de vida dos diferentes atores e protagonistas que os compõem, integram ou participam.

Deve-se salientar, todavia, que a legitimação desses canais não está condicionada a este reconhecimento estatal ou institucionalização. De igual forma, a inexistência de poder decisório de alguns desses instrumentos participativos. Isto porque, segundo estudo realizado pelo IPEA (PIRES e VAZ, 2012, p. 15) “podem existir canais com baixo poder decisório, isto é, com baixo poder de enforcement, mas com significativo poder informacional, isto é, revestidos de significativo caráter consultivo e vice-versa”.

Interessante destacar, que o IPEA utiliza o conceito de “interface socioestatal” que seriam espaços políticos ou canais instituídos pelo governo de negociação e diálogo cujos resultados podem gerar implicações coletivas ou individuais, identificando-os como canais de comunicação e interação e o governo federal e a sociedade.

Como espaços públicos discursivos os canais direitos de participação denotam um exercício prático da Teoria Comunicativa habermasiana. Por uma racionalidade comunicativa, neles se pode transcender intramundos (HABERMAS, 2003b, p. 20-21).

A utilização de espaços públicos pelo cidadão é legitimada pelo próprio fundamento democrático e o exercício da cidadania participativa, por seus instrumentos, contribuem para sua conquista e empoderamento, em escala progressiva.

Quanto mais os espaços públicos participativos forem utilizados, maiores serão suas legitimidades, suas conquistas e seus empoderamentos. Os instrumentos de participação direita do cidadão aqui mencionados são espaços institucionais de interlocução do Estado com a sociedade, resultantes da conquista dos movimentos sociais pela democratização do Estado brasileiro. Neles, encontra-se a função da espera pública identificar e perceber os problemas sociais e setoriais, de políticas

públicas, além de exercerem influência sobre o sistema político nas questões debatidas e problematizadas naquela esfera.

Não resta dúvida que as esferas públicas podem promover mudanças sociais sem atingir diretamente o Estado (sistema político) ou a economia (sistema economia).

No “agir comunicativo” nesses instrumentos de interlocução, os seus atores se convencem sobre aquilo que entendem e o têm como verdadeiro, no processo discursivo e deliberativo.

Se a integração social se apóia em convicções, os conselhos representam um efeito establizador de argumentos e fomentam a aceitação de pretensões de validade.

> A integração social, que se realiza através de normas, valores e entendimento, só passa a ser inteiramente tarefa dos que agem comunicativamente na medida em que normas e valores forem diluídos comunicativamente e expostos ao jogo livre de argumentos mobilizadores (HABERMAS, 2003b, p. 58).

A convergência de convicções ao se destruir em razão da complexidade da sociedade e pela pluralização de formas de vida, dilui comunicativamente os aspectos de validade. Cita-se, por exemplo, o espaço normativo de validade em muitas favelas, em dissonância com a “normatividade estatal”, não por ser necessariamente contra legem, mas por carecer da validade aceita e assimilada pela comunidade. A linguagem compartilhada subjetivamente na favela, pelo agir comunicativo, surge da interação social – consensuada ou imposta por um grupo dominante minoritário local – e que não muitas vezes não compartilham com as linguagens objetiva e subjetiva estatais. O “mundo de vida” da favela é diferente do “mundo de vida” de outros espaços sociais brasileiros, bem como daquele ideologicamente desejado pelo Estado. O “mundo de vida” da favela justifica-se pelo simples fato de sua complexidade sistêmica. A tensão entre a faticidade e validade ressoa com maior altivez quando a coerção fática pode não advir somente da força estatal, como também de grupos minoritários e dominantes à margem do Estado, e que alteram o processo comunicativo e a ideia de validade legítima.

A teoria contemporânea do direito e da democracia “tomo como ponto de partida a força social integradora de processos de entendimento não violentos,

racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base da manutenção de uma comunhão de convicções" (HABERMAS, 2003b, p. 22).

Os diversos instrumentos de participação representam um canal de processo lingüístico e discursivo que favorece a redução da tensão entre faticidade e validade.

Isto porque, os conteúdos neles discutidos tendem a ser admitidos validamente por seus representantes/participantes – e passível de extensão aos seus representados – de modo que a verdade daquele conteúdo seja mais difícil de contestação.

O conceito de "agir comunicativo" ao levar em consideração o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação faz com que os atores orientem seus agir por pretensões de validade, de maneira a conferir relevância da construção e na manutenção das ordens sociais. As ordens sociais "mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensão de validade normativas" (HABERMAS, 2003b, p. 35).

Se na obra Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade Habermas afirma que o papel do Direito é o de articular a tensão entre a faticidade e a validade garantindo, nessa linha de pensamento, os conselhos ou conferências, a exemplo, aparecem também como mecanismos ou instrumentos para aplicação da nova teoria discursiva do direito. Tratam-se de espaços públicos onde as expectativas de comportamento estabilizadas coercitivamente e os processos racionais de legislação e aplicação normativa permitam que as decisões deles resultantes decorram do assentimento racional dos afetados pela norma (legitimidade).[67]

De fato, "a esfera pública é tida como a ante-sala do complexo parlamentar e como a periferia que inclui o centro político, no qual se originam os impulsos: ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político" (HABERMAS, 2003b, p. 186/187).

O procedimentalismo desses espaços, na criação e fomentação de políticas publicas e do direito, "fornece elementos para sair do impasse criado pelo modelo do

---

[67] Cita-se o impulso dos movimentos feministas fazendo criar os primeiros Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos da Mulher em 1983, e em 1985, a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, tendo o papel crucial na defesa da mulher e participação na elaboração da Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em 2006

Estado Social" (HABERMAS, 2003b, p. 147). Os instrumentos participativos ~~brasileiros passam a ser~~ referência teórica e prática de espaço deliberativo e participativo, no processo democrático e dialógico.

3.2 A conquista de direitos pela participação social

Situados os meios direitos participativos no conceito de espaço público, sobretudo na visão habermasiana, questiona-se como eles podem contribuir na efetivação de direitos fundamentais.

Inicialmente, há de se destacar que o controle e a participação social estão reconhecidos no rol dos Direitos Humanos. De acordo com o art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, "Todos têm o direito de participar do governo de seu país, diretamente ou através de representantes livremente escolhidos". Mais adiante, acrescenta ainda em seu art. 27 que "Toda pessoa tem direito de participar livremente da vida cultural de sua comunidade", o que esta participação democrática se deve estendida à vida social e cultural.

Dentro ainda do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, destaca-se no Sistema Regional Interamericano a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica) que expressamente contempla, em seu art. 23, ser a participação do cidadão "titular de processo de tomadas de decisões em assuntos públicos".

No âmbito interno, além dos dispositivos constitucionais já citados e outras normas infralegais sobre o tema, o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH- 3[68], instituído pelo Decreto nº 7.037/2009, consolida a compreensão de que todos os agentes públicos e cidadãos são responsáveis pelos Direitos Humanos. O PNDH-3 propõe a integração e o aperfeiçoamento dos canais diretos de participação existentes, bem como a criação de novos espaços e mecanismos institucionais de interação, acompanhamento e monitoramento. E os conselhos de políticas públicas, por exemplo, ganham expressa e relevante função nesse processo deliberativo.

Em todas as áreas e níveis da atividade nacional, o PNDH-3, ao indicar os conselhos e outros espaços discursivos como exercício da democracia participativa,

[68] A própria XI Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em 2008, teve como objetivo revisar e atualizar o anterior PNDH

coloca a sociedade civil como principal ator cuja representação será feita notadamente pelos “movimentos sociais”. Reconhece-se, portanto, a influência a ser exercida pelo “mundo de vida” por suas mais variadas esferas públicas.

Hoje, os canais de participação social ocorrem em diversos momentos e mobilizações, como os já citados conselhos, as conferências, as ouvidorias, os fóruns de debate (fóruns, comitês, câmeras, situação e instância), as mesas de diálogos e de negociações, além das audiências e consultas públicas, sendo espaços deliberativos e que geram resultados práticos.

Como exemplo atual da aplicação dessa teoria discursiva do direito, destaca-se a discussão do Estatuto da Juventude, que teve ampla participação de diversos movimentos sociais, seja por meio da Conferência Nacional de Juventude ou no próprio Conselho Nacional de Juventude, estendendo-se e mantendo-se este processo dialógico até o Parlamento (Congresso Nacional).

Em 2011, foi constituído o Fórum Interconselhos como ambiente de interação, processo participativo e atuação conjunta dos representantes da sociedade civil, por meio dos Conselhos Nacionais de Políticas Públicas, por ocasião do processo de elaboração do Projeto de Lei do Plano Plurianual. Dele participaram representantes de 32 Conselhos, 4 Comissões Nacionais e 65 entidades da sociedade civil. Na ocasião, as propostas para a elaboração do Plano Plurianual (PPA 2012-2015) foram apresentadas e os Conselhos puderam expor suas proposições, sendo que 77% das ações sugeridas foram completamente incorporadas e 20% parcialmente aceitas (MENSAGEM PRESIDENCIAL 2012).

Segundo estudo do IPEA (PIRES e VAZ, 2012, p. 22), entre 2002 e 2010, no âmbito federal, além do aumento do número de programas que primavam pela abertura de interfaces socioestatais, houve também um aumento na diversificação das temáticas, ministérios e demais órgãos nos quais este tipo de incentivo foi dado como prerrogativa básica. Os dados apontam que, em 2002, 60,4% dos órgãos tinham programas que incentivavam a interface socioestatal, enquanto que em 2010 este percentual atingiu 91,7% de órgãos.

Parte da conclusão, afirmam Pires e Vaz (2012, p. 51) que:

> os distintos papéis e contribuições que estas podem ter na gestão dos programas, percebe-se a emergência de uma “ecologia” das

> relações Estado- sociedade no Brasil. A ideia de ecologia remete à percepção de um sistema complexo, composto por partes/unidades diferenciáveis (tipos) que tendem a desempenhar funções específicas (papéis) e naturalmente se associar às estruturas e ambientes (áreas temáticas) nas quais sua contribuição faça sentido e seja necessária.

A diversidade e a complexidade dos instrumentos participativos hoje existentes no Brasil, com efeito, dificultam uma metodologia em identificar uma real contribuição individualizada de cada mecanismo, de forma sistêmica, na concretização de direitos fundamentais. No entanto, pode-se afirmar que a conquista e o empoderamento de espaços públicos no exercício da cidadania participativa vem contribuindo para aperfeiçoamento e garantias de direitos, nos diversos aspectos sociais, econômicos e políticos.

O processo dialógico praticado nas audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal, em seus julgamentos, tem favorecido para que os anseios sociais sejam alcançados, e, que garantias constitucionais sejam efetivadas, citando-se, a exemplo, as decisões referentes ao aborto de anencéfalos e a união homoafetiva.

Noutro lado, a mobilização social junto ao Poder Legislativo cada vez mais contribui para a formação do processo legislativo, seja por meio de participação direta no próprio parlamento, seja por ingerências indiretas. Cita-se a Lei da Ficha Limpa, a construção do Estatuto da Juventude e do projeto do novo Código Penal.

No âmbito do Poder Executivo, destacam-se a formulação, controle e execução de políticas públicas setoriais, como as áreas de saúde, assistência social, desenvolvimento rural, educação, meio ambiente, planejamento, criança e adolescente, negro, mulher, idoso, trabalho e emprego, entre outras.

Os canais diretos de participação podem apresentar, assim, as funções deliberativas, consultivas, normativas e fiscalizadoras, sendo alguns mecanismos de forma exclusiva e outros de modo concorrente.

Considera-se a função deliberativa o poder de definir sobre a implantação e tomar decisões sobre as estratégias de políticas ou ainda administração de recursos, além de deliberar proposições e resoluções e/ou aprová-las. Exemplificam-se as resoluções, recomendações e moções dos Conselhos de Políticas Públicas, das Conferências Temáticas e das Ouvidorias. A função deliberativa pode ser subdivida

em deliberativa não vinculante ou facultativa e deliberativo vinculante ou obrigatório. A primeira consiste no poder decisório do conselho ou de sua deliberação não tem efeito vinculante e *erga omnes*. Em que pese decidir e deliberar, a proposição não obriga o Poder Público, instituições ou sociedade. Pela segunda, as decisões são imperativas aos agentes e órgãos por elas abarcadas, tornando-as obrigatórias (ou quase - assim entendidas por serem diretrizes). Em regra, por ser eficácia cogente, este caráter é atribuído por lei. Citam-se as resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e do Conselho Nacional de Educação - CNE.

Em pesquisa realizada, Pogrebinschi (2012, p. 36) atesta que houve uma distribuição temporal dos projetos de leis e propostas de emendas à Constituição convergentes com as diretrizes das conferências nacionais de minorias e de direitos humanos, no período de 1997 a 2009. Mais adiante, assevera a autora que a relação entre número de conferências e numeroì de projetos de lei "por si só já é indicativa de que, de fato, as conferências nacionais i) impulsionam a atividade legislativa do Congresso Nacional; e ii) pautam a sua agenda, impelindo-o a deliberar sobre determinados temas em determinados momentos".

Os I e II Planos Nacionais de Políticas para Mulheres - PNPM’s (Decretos nºs 5.390/2005 e 6.387/2008) foram resultados, respectivamente, das I e II Conferências Nacionais de Políticas para as Mulheres.

A função consultiva refere-se à emissão de opiniões, sugestões, dirimir dúvidas, análise e estudo sobre os temas que lhes são afeitos e correlatos, ou ainda indicar ações ou políticas, aconselhar, contribuir e auxiliar. Pode ser vista nos conselhos, as audiências e consultas públicas, nos fóruns de debate, a exemplo. Diferencia-se da função deliberativa, porque aquela não tem poder decisório.

Decorrente da função consultiva se extrai a função avaliativa referente ao acompanhamento sistemático das ações desenvolvidas pelo Estado, referente à especificidade da área temática, com o objetivo de identificar problemas e propor alternativas para a melhoria do serviço, ações ou políticas públicas.

Pela função normativa, o colegiado participativo institucional pode estabelecer normas e diretrizes no âmbito de sua competência, como também elaborar normas complementares e interpretar legislação afim.

A função fiscalizadora refere-se ao acompanhamento e fiscaliza a implementação, funcionamento e execução das políticas ou administração de recursos, além da verificação de cumprimento de leis, o que está intrínseco a todo cidadão e em qualquer espaço público.

Relacionada à função fiscalizadora, há a função de controle, como corolário do accountability social, por meio do qual realiza ações orientadas a supervisar o comportamento de agente e órgãos públicos, denunciar e expor casos de violação à lei ou de corrupção, bem assim, acionar órgãos de controle, investigativos ou de sanções, como Tribunais de Contas, Controladorias-Gerais, Ministério Público e Casas Legislativas.

A nova visão de participação social por meio de espaços públicos permite a reunião de sujeitos políticos diversos, inserindo-os em uma etapa do ciclo de gestão de políticas públicas e garantias de direitos, além de favorecer a conexão com outras redes públicas e instituições participativas. Logo, por meio de um silogismo, o aumento do exercício da cidadania nas redes e espaços públicos desenvolve os processos participativos e concretização de direitos, de maneira direta, indireta ou reflexa.

O incentivo da participação efetiva da comunidade não deve ser apenas formal, de cunho pragmático, mas sim, exercida de modo concreto, que possa atender a toda a população, independentemente de classe social ou econômica.

Estes espaços públicos apresentam alguns desafios como a deficiência de comunicação, articulação e fragmentação entre eles e a dificuldade em exercer capacidade de enforcement, compreendendo-se a capacidade de operacionalizar e fazer valer suas decisões e deliberações.

A diversidade de canais participativos no Brasil revela uma amplitude de desafios, assim como a diversidades que representam estas esferas públicas. Há os desafios concernentes à operacionalização do conceito de efetividade deliberativa, desafios relacionados ao desenho institucional, desafios para a coordenação da ação no interior do campo movimentalista, aqueles referentes à relação entre os movimentos sociais e as instituições políticas, bem como os desafios da legitimidade e resultados prático-concretos de efetivação de políticas públicas e consequentemente de direitos humanos.

CONCLUSÃO

A participação social permite que as decisões coletivas sejam aceitas mais facilmente, além de produzir uma maior interação social. Daí não pode ser vista com um fim em si mesmo, mas uma estratégia para a universalização e concretização de direitos.

Os variados instrumentos participativos existentes, como conferências, conselhos, fóruns e mesas de diálogo, como espaços habermasianos, vem revelando cada vez mais esse papel quando possibilita ampliar a qualidade e a legitimidade de políticas públicas e conquista de direitos. Ao utilizarem o princípio do discurso, sua institucionalização se transforma em princípio democrático. Por meio deles, exerce-se o caminho da reconstrução racional das interações linguísticas preconizado por Habermas, com a finalidade de interpretar a razão enquanto agir comunicativo. Assim, busca-se estabelecer a unidade entre a razão teórica e prática, instaurando desta forma, uma nova mediação entre teoria e práxis.

A interação popular nos espaços públicos representa uma manifestação da democracia participativa direta, e, portanto, traduz-se como um direito humano inquestionável. A ampliação e o desenvolvimento desses espaços públicos para a deliberação, sem dúvida, vêm a fortalecer a sociedade e o próprio Poder Público.

Aperfeiçoá-los, significa melhor promover uma efetivação de direitos fundamentais.

Conhecer os instrumentos participativos e sua procedimentalidade favorece a compreensão dos mecanismos de controle social, e sua íntima ligação com a concretização de direitos. Nesta construção, não se olvidam indagações outras e dificuldades, dentre elas a questão do empoderamento, da legitimidade, do reconhecimento institucional e social, além de outras limitações legais, econômicas e estruturantes.

De fato, aguçar o conhecimento, provocar o questionamento e o desenvolvimento de críticas, por si sós, aperfeiçoam a participação social e efetivam a democracia.

A participação social representa, assim, um elemento essencial na formação deações conjuntas de instituições estatais.

Nos próximos 25 anos, por suposição, todos os direitos e garantias constitucionais ainda não estarão integralizados e incorporados aos indivíduos e sociedade, mas se tem a certeza de que com a participação social os fundamentos da Constituição Cidadão estarão muito mais pertos.

REFERÊNCIAS

ARATO, Andrew; COHEN, Jean L. **Civil Society and Political Theory**. Cambridge, Ma./London, MIT Press, 1992.

BENHABIB, Seyla. **Models of public sapace**: Hannah Arendt, the liberal tradition, and Jürgen Habermas. In: CALHOUN, Craig. (Ed.). Habermas and the public sphere. Cambridge: MIT Press, 1996.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. **Mensagem ao Congresso Nacional 2012**. 2011. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/mensagem-ao-congresso-nacional-2012-zip> Acesso em: 09 mar 2013.

_________. Balanço de Governo 2003-2010. **5 Democracia e Diálogo**. 2011. Disponível em: <http://www.balancodegoverno.presidencia.gov.br/>. Acesso em: 6 jun. 2013.

CASTELLS, Manuel. **The New Public Sphere**: **Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance** (The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 2008, p. 78-93.

DALFINO, Erico. **Basi per il Diritto Soggettivo di Partecipazione**. In AMOROSINO, Sandro (org.) Le Transformazioni del Diritto Amministrativo. Milão: Giuffré, 1995.

FRASER, N. **Rethinking public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy**. In: CALHOUN, C. **Habermas and the public sphere**. MIT Press, 1992.

_______. **Transnationalizing the Public Sphere**. New York. Manuscrito, 2002.

GOHN, Maria da Glória. **O papel dos conselhos gestores na gestão urbana**. Em publicacion: Repensando la experiencia urbana de América Latina: cuestiones, conceptos y valores. Ana Clara Torres Ribeiro. CLACSO. 2000. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/urbano/gohn.pdf>, Acesso: 6 jul. 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. [1981]. Madrid: Taurus, 1987.

_________. L'Espace public, archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise. [1978]. Paris: Payot, 1990.

________. **Mudança estrutural da esfera pública**: **investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. [1962]. Rio de janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

________. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. [1992] v. I e II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Ampliação da participação na gestão pública: um estudo sobre Conferências Nacionais realizadas entre 2003 e 2011**. Base de dados. Disponível em <www.ipea.gov.br/participacao> Brasília: Ipea, 2013.

LUBENOW, Jorge Adriano. **Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelos teóricos e discursos criticosì.** Revista KriterioN, Belo

Horizonte, n.121, p.227-258, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/kr/v51n121/12.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Cibeciudadanía@ o Ciudadaní@.com?.** Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOTA JUNIOR. João Francisco da. **Proposição para uma tipologia da classificação dos conselhos sociais e sua importância na efetivação dos direitos humanos**. Consilium. Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitario Euro-Americano, n. 6, vol.1, maio-agosto 2012.

PEREZ, Marco Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIRES, Roberto e VAZ, Alexandre. **Participação social como método de governo? Um mapeamento das "interfaces socioestatais" nos programas federais**. Texto para Discussão 1707, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2012.

POGREBINSCHI Thamy. **Conferências nacionais e politicasì públicas para grupos minoritários**. Texto para Discussão 1741. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2012.

SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. S. (Org.). **Democratizar a democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SOUZA, C. **Sistema brasileiro de governança local: inovações institucionais e sustentabilidade**. In: LUBAMBO, C.; COÊLHO, D. B.; MELO, M. A. (Org.). Desenho institucional e participação política: experiências no Brasil contemporâneo. Petrópolis: Vozes, 2005.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CAPÍTULO 4

A DEMOCRACIA FISCAL NO PLANEJAMENTO PÚBLICO PARTICIPATIVO: OS IMPACTOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 131/09 NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Eder Marques de Azevedo[69]
Marinella Machado Araújo[70]
DOI 10.1111/9788565604208.04

RESUMO: O planejamento público é uma forma de manifestação da função administrativa, devendo ser participativo para que subsista legitimidade nas decisões públicas ocorridas na gestão orçamentária, diante de um cenário de escassez de recursos que ressoe na necessidade de eleição de prioridades. Desse modo, a inserção da participação popular representa a existência de ações coordenadas entre a Administração Pública e os seus administrados destinatários das políticas públicas. Estas se sujeitam aos mecanismos de controle, que além de avaliarem a legalidade, sua eficiência e a incidência de interesse público nas ações governamentais, também impõem o dever de transparência e de prestação de contas na gestão fiscal, ou seja, a instrumentalização da *accountability*. Nesse propósito, tendo por marco legal a Lei Complementar nº 131/09, o presente artigo analisa se o planejamento participativo é meio hábil a se promover a transparência na gestão pública orçamentária, viabilizando a democratização da *accountability*, a fim de se garantir maior eficiência das políticas públicas e o cumprimento do direito fundamental à boa administração.

Palavras-chave: planejamento participativo; políticas públicas; accountability; direito fundamental à boa administração.

ABSTRACT: Public planning is a form of manifestation of the administrative function, should be participatory to subsist legitimacy in public decisions occurring in budget management, against a backdrop of scarce resources that resonates in need of election priorities. Thus, the inclusion of popular participation is the existence of coordinated actions between the public administration and its administered recipients

---

[69] Graduado em Direito pela UFOP (2003) , Pós-graduado em Direito Processual Constitucional pelo Unicentro Izabela Hendrix (2005), Mestre em Direito Público pela PUC-Minas (2007), Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pelo Instituto Doctum (2008), Doutorando em Direito Público pela PUC-Minas (desde 2012), professor de graduação e pós-graduação do curso de Direito das Faculdades Doctum e FIC, coordenador de Núcleo de TCC e Pesquisa da FIC. Professor convidado do programa de Pós-graduação da UNIPAC, unidade Teófilo Otoni. Advogado. Ex-assessor jurídico da Procuradoria Jurídica do Município de Ouro Preto/MG. Membro do NDE do curso de Direito/FIC. Membro do NUJUP/PUC-Minas

[70] Advogada doutora em direito administrativo, professora da área de concentração Direito Público, coordenadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR do Programa de Pós-graduação em Direito e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas.

of public policies. These are subject to the control mechanisms, which in addition to assessing the legality, efficiency and impact of public interest in government policies also impose the duty of transparency and accountability in fiscal management, ie, the manipulation of accountability. In this way, having a legal framework Complementary Law No. 131/09, this article analyzes the participatory planning is skillful means to promote transparency in public budgets, enabling the democratization of accountability in order to ensure greater efficiency of policies and compliance with the fundamental right to good administration.

Keywords: participatory planning; public policies; accountability; fundamental right to good administration.

INTRODUÇÃO

Tendo por marco legal principal a Lei Complementar nº 131/09, este artigo discute como o planejamento participativo de políticas públicas pode ser considerado meio hábil a efetivar o princípio da transparência na gestão pública orçamentária, nos termos da Lei nº 12.527/11, e, assim, concretizar a democratização da *accountability*, a fim de garantir maior eficiência das políticas públicas e o cumprimento do direito fundamental à boa administração. A partir do pressuposto de que o planejamento exterioriza uma das atividades típicas da função administrativa e que sua realização é condição para a utilização eficiente de recursos públicos, o texto sustenta que a participação popular no processo de planejamento legitima as decisões públicas na gestão orçamentária e contribui para a eleição de prioridades reais e efetivas de concretização do interesse público e dos direitos fundamentais que deste derivam, sobretudo em um contexto de escassez de recursos, característico da Administração Pública municipal.

O planejamento deve articular as ações institucionais sustentáveis sob o ponto de vista econômico, ambiental, social, territorial e cultural. Sendo um instrumento de governança que materializa decisões políticas e direciona decisões administrativas presentes e futuras, sua função é corrigir desequilíbrios conjunturais, otimizar recursos, ajustar o desenvolvimento socioeconômico e satisfazer as variadas dimensões do interesse público, delimitando o alcance de metas indispensáveis à consecução das funções administrativas. Para tanto, a participação popular representa a existência de ações coordenadas entre a Administração Pública e os seus cidadãos/administrados destinatários das políticas públicas. Estas se sujeitam aos mecanismos de controle, que além de avaliarem a legalidade, sua

eficiência e a incidência de interesse público nas ações governamentais, também impõem o dever de transparência e de prestação de contas na gestão fiscal, ou seja, a instrumentalização da chamada *accountability*.

Muito além do exercício do poder político justificado pela implantação da democracia, o princípio republicano consagrado no art. 1º da Constituição Federal de 1988, instiga os cidadãos administrados à exigência da transparência e à participação no controle fiscal, impondo-se a criação de espaços públicos multiculturais e ferramentas que garantam o acesso à informação para utilizá-la em favor da defesa dos interesses sociais. Por isso, a *accountability* remete à obrigatoriedade de prestação de contas à sociedade em prol do direito fundamental à boa administração, o que depende de uma governança transparente, disciplinando a relação entre governo e sociedade civil na implementação e controle das políticas públicas, tendo por norte a efetivação dos direitos fundamentais priorizados no planejamento.

Isso traz à tona a dimensão da *accountability* societal, mecanismo que emprega ferramentas institucionais e não institucionais (ações legais, participação em instâncias de monitoramento, denúncias, dentre outros), realizadas através de associações de cidadãos ou movimentos sociais organizados, cujo objetivo é expor erros e falhas do governo, trazer novas questões para a agenda pública ou influenciar decisões políticas a serem implementadas pelos órgãos públicos.

2 GESTÃO PÚBLICA PARTICIPATIVA: O SUBSTRATO À CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DIALÓGICO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A democracia resulta num amplo processo segmentado por uma diversidade de procedimentos que se complementam. Antes de tudo, pressupondo sua análise centrada na narrativa do giro hermenêutico – na tônica do paradigma da Filosofia da Linguagem[71] – simboliza “[...] um espaço político onde é possível a convivência

---

[71] A *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* foi uma revolução hermenêutico-filosófica operada na Filosofia, trazendo repercussões em toda a Teoria do Conhecimento. Ela possibilitou a transição do paradigma da Filosofia da Consciência para o da Filosofia da Linguagem, representando uma guinada na busca pela intelecção de novas condições de possibilidade e validade para o conhecimento. Isso nos importa na medida em que o direito está ligado necessariamente à linguagem e consequentemente às suas condições gerais. Nesse contexto, Muller elucida que “a sociedade, a

dialética das diferenças, onde há lugar para a alteridade." (MARQUES NETO. In: RÚBIO; FLORES; CARVALHO, 2004, p. 107)

Ao se analisar a repercussão da expressão "democracia" e sua importância para o mundo jurídico, muito mais do que um simples vocábulo recorrente na linguagem juspolítica, trata-se de uma instituição definidora de nosso modelo de Estado de Direito. Sua operacionalidade é determinada por um aparato de instrumentos autônomos, tais como o voto, a representação política, a realização de audiências ou conferências públicas, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de lei, a ação popular, além de outras ferramentas importantes como o orçamento participativo, os conselhos gestores e, ainda, o próprio instituto da *accountability*.

Tão grande o seu impacto para a caracterização do Estado de Direito que a palavra "democracia" tem se desdobrado em distintos significados, como também em relação à sua própria natureza jurídica que, neste particular, varia entre espécie de regime político, processo decorrente de uma Constituição procedimental[72], princípio jurídico, direito humano, e, sem quaisquer embaraços na doutrina constitucionalista brasileira, como a cérebre concepção de direito fundamental de quarta geração (ou dimensão).[73] Ela também não se exaure na tradição de suas práticas liberais de representação política – que definem, unilateralmente, as ações governamentais – graças à proliferação de outras vertentes democráticas coexistentes. A recepção de novos instrumentos de gestão, típicos do modelo de democracia participativa, é resultante da abertura dialógica presente nas relações entre direito e política, complementando o projeto de democracia representativa[74]

"política", a dominação, sempre representam, como processos sempre também comunicativos entre homens, também mediações através da linguagem." (MULLER, 1995, p. 19)

[72] É o que sustenta o espanhol Antonio Manuel Peña Freire: "Outra de las possibles fórmulas concilian al constitucionalismo con el ideal democrático es la opción por una constitución procedimental. Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad sería legítimo, incluso a la luz de los ideales de la democracia, si se orienta a proteger las condiciones del propio **proceso democrático**." (grifos nossos) (FREIRE In: RÚBIO; FLORES; CARVALHO, 2004, p. 443).

[73] "São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. [...] A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. (BONAVIDES, 2013, p. 590) Sufragando o entendimento de Bonavides, Sarlet também aposta na fundamentalidade constitucional – formal e material – de direitos (diga-se, no plural) à democracia "(no caso, a democracia direta)"(2012, p. 50), alçados à condição do que classifica como quarta dimensão de direitos fundamentais, integrando "um autêntico direito à democracia participativa". (SARLET, 2012, p. 50).

[74] Em termos procedimentais, essa complementaridade significa avanço no sentido da admissão de novos instrumentos que podem garantir eficácia no contínuo processo de amadurecimento democrático, funcionando a democracia participativa como uma nova alternativa, de acordo com Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer (2002).

incapaz de satisfazer, a um só tempo, a vontade da maioria e das minorias sociais. Por esta razão, a unificação de projetos democráticos pressupõe que a condução da gestão pública orientada unicamente pelo Estado, ou seja, somente por suas instituições públicas, com fundamento nos princípios da maioria e da representação política, não sejam suficientes.

Na visão de constitucionalistas catalães como Pérez Luño é clarividente a coexistência de diferentes modelos democráticos para o amadurecimento do Estado Social e Democrático de Direito, sustentado pela necessidade de expansão da manifestação da soberania popular, justificada por sua "legalidade legítima".[75]

Em face dessas questões, Habermas (1997) defende que a Administração Pública dialógica se projeta num processo iniciado pela confecção da lei, através da validação de sua elaboração pelo povo, seu co-legislador, atingindo a legitimação e controle dos atos administrativos diante da capacidade de participação nas decisões tomadas pelo Poder Executivo por meio do discurso. No decorrer desse percurso o princípio da legalidade limitará a atuação do Executivo e as margens de sua discricionariedade, assim como os procedimentos de inclusão da participação popular no seio desse processo.

Entretanto, a orquestração da gestão pública participativa exigiu a superação de resistentes entraves políticos e ideológicos, percorrendo longo caminho na luta pelo direito à democracia. A começar, a cultura reacionária de regimes antidemocráticos repressores das manifestações da opinião pública em suas reivindicações contra o Governo, marcados por experiências como a ditadura militar acentuada no pós-golpe de 1964[76], precisou ser derrotada pela liberdade de alternativas gestoras em que o povo se manifeste direta ou indiretamente.

---

[75] "El Estado de derecho es aquella forma política que supone la más completa sujeción del poder a la legalidad; pero no a una legalidad neutra abierta a cualquier contenido, sino a una legalidad legítima, en cuanto necesariamente orientada a garantizar los derechos fundamentales. El Estado de derecho entraña la fundamentación del poder político en la soberanía popular; soberanía que se ejerce a través de la ley." (LUÑO, 1994, p. 169)

[76] "Essencialmente, o que caracterizava o Estado brasileiro nesse período (1920-1980) era seu caráter desenvolvimentista, conservador, centralizador e autoritário. Não era um Estado de Bem-Estar Social. O Estado era o promotor do desenvolvimento e não o transformador das relações da sociedade. [...] O essencial das políticas públicas estava voltado para promover o crescimento econômico, acelerando o processo de industrialização, o que era pretendido pelo Estado brasileiro, sem a transformação das relações de propriedade na sociedade brasileira." (BACELAR, in: SANTOS JÚNIOR, 2003, p. 1, módulo I)

A democracia administrativa[77], ao abrir espaço à participação popular nos atos de governança, foi impulsionada pela promessa de aproximação da vontade dos cidadãos diante das decisões administrativas tomadas por estruturas descentralizadas e autônomas pertencentes ao Estado[78], o que facilitou, gradativamente, a possibilidade de reconhecimento do bem comum interpretado pelo próprio povo. Emerge um rearranjo do peso do poder[79] e a polarização da soberania desdobrada entre Estado e povo em favor de resultados que amenizem o desequilíbrio sócio-econômico num sistema democrático disponível a novos projetos de gestão.

Em matéria administrativa, por um lado essa nova dinâmica de gestão interfere nos limites do poder discricionário do administrador público. Mas, por outro lado, incentiva a releitura do papel dos administrados que chamam para si parcela de responsabilidade diante do poder/dever de controle das ações do próprio Estado. O convite aos cidadãos à participação em instâncias de monitoramento (como os conselhos), à colaboração no planejamento público e no controle dos gastos orçamentários por aparatos virtuais, conforme reforçado pela Lei Complementar nº 131/09, solidificando-se, dessa sorte, o exercício da *accountability* democrática, são procedimentos favorecedores da transparência na gestão pública. No caso, esse viés fiscalizador da probidade administrativa destaca o fortalecimento dos mecanismos de controle popular da Administração Pública, não obstante a importância da interposição do Poder Judiciário em seu controle jurisdicional, do Poder Legislativo e de instituições autônomas como os Tribunais de Contas.

Contudo, a democracia administrativa não está a salvo dos riscos do extremismo do "participacionismo", da imprecisão conceitual da participação e da

---

8 [77] Nesse propósito, Baracho Júnior destaca que "a idéia de "democracia administrativa" surge como uma alternativa a este quadro de prevalência do poder estatal sobre os direitos de indivíduos e interesses da sociedade civil". (2000, p. 164).
9 [78] "As decisões administrativas, tomadas por estruturas descentralizadas e autônomas, permitem identificar a Administração Pública com a figura do servidor público, que pode decidir e resolver a questão colocada pelo administrado, fazendo com que o Estado mais próximo, o que por sua vez, permite que o Estado possa estar mais sensível às necessidades, expectativas e comandos da população." (MAGALHÃES, 1999, p. 47).
[79] "O peso do poder ou da influência do agente de mudar a probabilidade de certos resultados sobre determinado processo é a medida da capacidade de esse agente mudar a probabilidade de ocorrência de determinados resultados no processo político." (DEUTSCH, 1983, p. 6).

paralisação administrativa em virtude dos excessivos procedimentos carecedores de uma "boa vontade" popular para se tornarem legítimos.[80]

Além da força normativa que ampara a consolidação desses instrumentos participativos, o reconhecimento da democracia como um processo intersubjetivo que ocorre entre os participantes tem na linguagem um ponto comum para se falar em decisões dialogicamente construídas. Essa linha de raciocínio impulsionou Habermas a desenvolver sua teoria da ação comunicativa que afirma que "o agir comunicativo privilegia a ação social baseada na compreensão e no diálogo como fonte de novos consensos democráticos, envolvendo, necessariamente: conhecimento, linguagem e ação" (ASSIS, 2000, p. 33). A razão comunicativa se esforça pela superação da noção de razão instrumental e de fins próprios afastados daqueles advindos do entendimento mútuo partilhado.[81] Conforme preconiza Habermas, a existência de iguais possibilidades de participar do discurso na formação e na aplicação do direito, na condição de autores e destinatários das normas, exige o acolhimento dos direitos fundamentais para que os sujeitos sejam reconhecidos na condição de pessoas do direito. A participação política dos cidadãos na gestão pública é por ele caracterizada como um autêntico direito fundamental ligado à igualdade de chances para o sustento das liberdades subjetivas de ação:

> Direitos fundamentais resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; [...] **direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances,** em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; (HABERMAS, 1997, p. 159-160) (grifos nossos)

A compreensão de que a igual oportunidade de participação no discurso tem que estabelecer parâmetros de percepção dos direitos fundamentais básicos permite concluir que somente pela promoção da dignidade humana é que se torna eficaz a

[80] "Na linha da paralisação administrativa, alega-se geralmente que o excesso de procedimentos, ou de conselhos, obstruem a rapidez necessária das decisões administrativas, tornando o sistema ineficiente." (PEREZ, 2004, p. 210)

[81] Dessarte, a concepção habermasiana de agir comunicativo se refere à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de linguagem e de ação que entabulam uma relação interpessoal. Entretanto, "se substitui o conceito de agir orientado para fins pelo conceito mais abrangente do agir orientado para o entendimento mútuo com o fim de colocá-lo na base de uma análise pragmático-transcendental (...)". (HABERMAS, 1989, p. 124)

inclusão de todos no discurso participativo. Essa mesma dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo.

Mesmo que se indague o grau de possibilidade de adoção da teoria discursiva no Brasil em nossa incipiente "arena de democracia", devido às desigualdades sócio-econômicas extremas que colocam nossos falantes/cidadãos em condições materialmente díspares, há uma grande valia democrática trazida pelo procedimento teórico de Habermas. Sua contribuição se destaca principalmente nas discussões sobre a nova composição e o funcionamento da esfera pública, submetida a um grande giro estrutural. A forma e a intensidade em que os participantes atuarão em espaços discursivos como no exercício da *accountability* e no modo como irão colaborar na elaboração do planejamento público orçamentário serão definidos pelo procedimento. É pela forma que se garante o pluralismo das vontades dos sujeitos.

Embora reconheçamos a imprescindibilidade do procedimento, apoiado pela ~~própria força da lei, a p~~ressuposição de validade procedimentalista do autor – circunstância formal – também carece da contemplação do gozo da satisfação das necessidades básicas de todos os indivíduos envolvidos ou potencializados no discurso (mínimo existencial). A isso denominamos circunstância material, compensada como requisito essencial à composição da esfera pública. Sem o razoável sustento material que garanta as mínimas condições para a razoável existência humana e autocompreensão do papel de cada um nos diversos aspectos do mundo da vida, ou seja, na falta de efetivação de um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, comprometem-se as oportunidades dos miseráveis e excluídos interagirem com "iguais liberdades subjetivas de ação" (HABERMAS, 1997, p. 170) com os outros[82]. A não ser que se queira restringir o ambiente discursivo a indivíduos em situações mais equânimes, intenção não demonstrada na obra de Habermas. É fácil imaginar que em sociedades subdesenvolvidas, com má distribuição de renda e com educação restrita a poucos privilegiados, considerável parcela da população já se coloque de fora dessa situação de fala por problemas relacionados à falta do cumprimento do direito mínimo à subsistência.

---

[82] O próprio autor deixa claro que "o direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas." (HABERMAS, 1997, v. I, p. 170)

Somente diante da satisfação das necessidades básicas individuais é que se deve partir para a elaboração de propostas de fundamentação procedimental, com o fim de regulamentar a dinâmica democrática da esfera pública. Em suma, a teoria discursiva se concentra somente na contemplação da intersubjetividade e no estabelecimento formal dos requisitos de validade da ação comunicativa, o que por hora já nos revela alguma vantagem pelo simples fato de reconhecer a validade do discurso, ideia compatível com nossa concepção de democracia.

Não obstante, o não nivelamento entre a realidade funcional da esfera pública brasileira e a teoria habermasiana demonstra a parcialidade dessa mesma proposta. Nela não se podem explicar os momentos em que as condições concretas da vida provocam a inoperância dos procedimentos preestabelecidos. Aqui insiste uma das mais aguçadas críticas a Habermas: a inexistência de um fundamento material capaz de evitar a utilização do processo baseado na padronização de condições ideais de sujeitos, esquecendo-se de pessoalizar as diferentes realidades enfrentadas no mundo da vida.

Pensando em termos de planejamento participativo da gestão pública, envolvendo desde a sua elaboração até o exercício do controle da execução orçamentária, quanto mais próximos de situações ideais de fala[83] [84] atingirmos melhor será o potencial de resultados obtidos através do consenso produzido pela força do melhor argumento – ao menos num plano ideal, diga-se de passagem.

---

[83] Em síntese, Habermas resume as situações-de-fala ideais no discurso a partir da satisfação das seguintes condições: i) igualdades de chances a todos os participantes de servir-se de atos comunicativos de fala, de modo que, a todo tempo, possam iniciar discursos, assim como perpetuá-los através da fala e da réplica, da pergunta e da resposta; ii) igualdades de chances de fazer interpretações, asseverações, recomendações, explicações e justificações e de problematizar, de fundamentar ou refutar sua pretensão à validez de modo que opinião alguma preformada permaneça duradouramente excluída da tematização e da crítica; iii) admissão apenas daqueles locutores que, enquanto agentes, têm iguais chances de expressar seus posicionamentos, sentimentos e desejos; i v) admissão apenas daqueles locutores que, enquanto agentes, têm igual chance de servir-se de atos regulativos de fala, isto é, de ordenar e de recursar-se, de permitir e de proibir, de fazer promessas e de retirá-las, de prestar contas e de exigir prestação de contas, etc. (1973, p. 33).

[84] "A situação ideal da fala é uma "comunidade argumentativa ideal" porque ela representa o somatório de todos os seres racionais. O modelo universalista habermasiano prolonga a tradição iluminista da idéia de universalismo cosmopolita adaptada pela teoria lingüística. O que importa para Habermas é a intersubjetividade comunicacional, a mediação lingüística ética entre sujeitos." (MONTEIRO, 2000, p. 99)

3 A GESTÃO PÚBLICA ORÇAMENTÁRIA E OS ALICERCES DO PLANEJAMENTO PARTICIPATIVO

Ao discursar sobre o Direito Administrativo na perspectiva dos direitos fundamentais, destacando a contribuição do STF, a Ministra Carmen Lúcia proferiu a seguinte afirmação: "Não existe Constituição que se sustente sem haver meios para que o povo a faça valer."[85] Com essas palavras a eminente Ministra instigou-nos a refletir sobre sua assertiva a partir de duas dimensões distintas. A primeira delas refere-se à importância da disponibilidade de garantias constitucionais à mercê dos cidadãos para a exigência do cumprimento de direitos fundamentais dispostos no texto constitucional. E é justamente por esta razão, a fim de se assegurar ao povo a identidade de sujeito constitucional, que se eleva ao status de cláusula pétrea os direitos e as garantias fundamentais (art. 60, § 4º, inc. IV, CR/88). A incumbência de concretização dos direitos fundamentais requer que o povo seja ativo quanto à exigibilidade dos mesmos, ainda que para isso seja preciso recorrer ao Judiciário.

Por outro lado, a outra dimensão a ser refletida sobre a frase da Ministra diz respeito ao reconhecimento da Constituição como um documento do qual se confiram todas as conquistas de uma sociedade. À luz de nosso pluralismo, se somos um povo com diversas humanidades, que a Constituição não seja a mortália de um extenso rol de direitos condenados a simples letras mortas em folhas de papel[86], mas um manancial de esperanças asseguradas por sua própria força normativa[87] vivificada pelo exercício da soberania popular. Tendo por norte a efetivação de direitos, esta deve ser a dimensão perseguida pela gestão pública, arquitetada pela inserção do modelo de planejamento participativo.

O Direito Administrativo deve ser interpretado a partir de uma unidade de princípios indivisíveis entre si e afastado de uma pluralidade de ações solipsistas (ou

---

[85] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização de direitos fundamentais. **VIII Congresso Mineiro de Direito Administrativo –** O Direito Administrativo na perspectiva dos direitos fundamentais. Realização: IMDA (Instituto Mineiro de Direito Administrativo). Belo Horizonte: 06 a 08 de maio de 2013

[86] Quando a Constituição institui um extensivo rol de direitos fundamentais sem meios para efetivá-los ela se arrisca ao pessimismo denunciado por Lassalle de se constituir mera "folha de papel" (1985, p. 19) onde são transcritos os fatores reais de poder (instituições jurídicas).

[87] Pelas lições de Konrad Hesse (1991), o problema de Constituições extensas em conteúdo como a nossa é que se expõem, mais facilmente, ao descrédito de seu texto, na medida em que a falta de efetividade, sobretudo dos direitos sociais, fica mais latente em virtude de questões como a própria insuficiência do Estado no tocante à sustentabilidade dos mesmos. Isso prejudica o exercício de sua sua "força normativa". (1991, p. 24)

monocráticas) para a sua devida adequação à realidade democrática. O Estado de Direito é guiado por sua juridicidade, o que força a Administração Pública atuar de forma procedimentalizada. Sendo a democracia um processo conduzido pela diversidade de procedimentos, um deles se trata da abertura da Administração Pública aos seus interessados, que, segundo as palavras de Muller, devem ser reconhecidos como "povo-destinatário"[88]. Com isso, a democracia limita a ação discricionária da Administração Pública na gestão de seus recursos e diante de seus administrados, pois ser tratado como sujeito é ser ouvido, exigindo-se o respeito ao direito à participação procedimental quando se refere aos assuntos pertinentes a seus interesses. O procedimento democrático no âmbito da gestão pública envolve a presença de garantias como: a) publicidade – ponto de partida da dialética procedimental; b) informação; c) meios participativos para o cidadão influir na decisão administrativa; d) audiências públicas – momento em que a Administração Pública ouvirá os interessados.

Não se pode olvidar que o centro do ordenamento jurídico democrático é o ser humano. Não se trata de uma perspectiva meramente utópica elevá-lo à prioridade de ações em matéria de planejamento público, mas de consequência determinante do próprio modelo de Estado que projetamos consolidar. Nesse aspecto, o planejamento participativo não se trata de uma opção ideológica ou de um simples ideário político, mas de um imperativo fundamental decorrente do projeto de construção de Estado Democrático de Direito através da vocalização do povo por meio de instrumentos que viabilizem sua inclusão nas decisões governamentais e no controle das ações estatais.

Em face de toda essa conjuntura democrática assumida que a gestão pública ~~deve acontecer em decorr~~ência do planejamento participativo. Portanto, na tentativa de consolidação do desenvolvimento socioeconômico e da preservação ético-cultural dos povos, sobretudo na esfera municipal, o Poder Público começa a se inserir nesses novos parâmetros de gestão. Esse modelo de planejamento público ganhou destaque no Brasil nos anos 80[89] como um método inovador para gerir os recursos

---

[88] Para Muller, povo-destinatário compreende a idéia de todos os cidadãos que gozam da prerrogativa de dispor de "prestações civilizatórias do Estado". (2000, p. 79).
[89] A primeira grande experiência ocorreu na cidade de Porto Alegre/RS, por iniciativa do governo do Partido dos Trabalhadores com a implantação do orçamento participativo. Se a princípio tratou-se de uma opção política experimentada por representantes petistas, hoje se tornou uma prática difundida

públicos municipais. Ademais, passa a ser um comando normativo verificado em diversas leis, como a Lei Complementar nº 131/09, ao alterar o art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Também pode ser visualizado quando se fala, por exemplo, do planejamento urbano, conforme preceitua os arts. 43 a 45 da Lei nº 10.257/01.

A participação da população na elaboração do planejamento torna-se fundamental, pois o diálogo entre sociedade civil e Estado favorece o levantamento das principais necessidades sociais, possibilitando a melhor escolha de prioridades e o controle popular das finanças públicas. Desse modo, facilita o cumprimento do direito fundamental à boa administração.

4. DEMOCRACIA FISCAL E LEI DA TRANSPARÊNCIA: A INSERÇÃO DA *ACCOUNTABILITY* SOCIETAL NO CONTROLE POPULAR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No exercício da função administrativa manter o equilibrado e suficiente financiamento de direitos fundamentais através de uma razoável gestão fiscal, sem extrapolar os limites jurídicos definidos na legislação orçamentária é, sem dúvidas, um grande desafio para a Administração Pública. À luz da escassez de recursos, esta deve buscar meios eficientes para a consecução do bem-estar social. Para tanto, o administrador público deve ter cautela diante da elaboração e cumprimento do planejamento orçamentário, haja vista tratar-se de subterfúgio material à elaboração de políticas públicas[90], fundamentadas na "necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado". (BERCOVICI In: BUCCI, 2006, p. 144). O procedimento de escolha, definição e forma de execução das políticas públicas está diretamente atrelado ao planejamento, que embora também tenha conteúdo técnico, é um processo que começa e termina no âmbito das relações políticas. Sobretudo dentro do contexto de federalismo brasileiro, o planejamento público, com vistas à instituição e ao patrocínio de políticas públicas, supõe um processo de negociação e decisões políticas entre os

por diversos governantes em várias regiões do país, estimulando o exercício da cidadania e a descentralização das decisões. (OLIVEIRA, 2011, p. 410)

[90] "Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados." (BUCCI, 2002, p. 241).

diversos membros da Federação e os setores sociais. (BERCOVICI In: BUCCI, 2006, p. 146).

Concomitantemente, a definição do orçamento público a partir do planejamento participativo é, indubitavelmente, mecanismo crucial ao efetivo controle das contas públicas, depurando-se, dialogicamente, a interpretação do interesse público em face do caso concreto que justifique a escolha e a formatação adequada das políticas públicas. Por meio dessa forma de planejamento as despesas públicas são assumidas e priorizadas sob o crivo da legitimidade e do controle popular dos processos de eleição e investimentos em políticas públicas para que haja maior compromisso e responsabilidade diante dos direitos fundamentais e, paralelamente, o controle das funções políticas e administrativas do Estado. Essa dinâmica compõe o exercício da *democracia fiscal*.

O Poder Público deve agir com eficiência em seu compromisso perante esses direitos fundamentais, sem, contudo, exceder-se nas despesas, fazendo uso racional dos recursos públicos, sendo imprescindível a existência de uma administração transparente[91], em condições de assegurar aos cidadãos o direito de conhecer como estão sendo investidos os recursos públicos.

~~Para haver fidelida~~de no tocante à execução orçamentária revertida em investimentos sustentáveis à execução de políticas públicas, é necessário que, acima de tudo, a sociedade civil esteja atenta em fiscalizar. Sua atuação se dá como colaboradora de órgãos e poderes institucionais como o Tribunal de Contas, o Ministério Público e Poder Legislativo, o que dificulta a incidência de desvios de finalidades devido ao reforço à prerrogativa de controle externo da Administração Pública.

[91] Acerca da administração transparente, vale destacar o princípio da publicidade, que deve ser entendido como o dever de divulgação oficial dos atos administrativos. Tal princípio é de extrema importância para o controle da legalidade. Por meio de uma administração transparente toda sociedade terá conhecimento de como o Poder Público está administrando os recursos públicos. Hoje um grande exemplo a ser citado é a Lei nº 12.527/2011, (Lei do Acesso a Informação). Esta obriga que órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União a manterem sítios oficiais para divulgação de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidos, bem como criar Serviço de Informações ao Cidadão – SIC. Seu grande destaque é em relação à divulgação da remuneração e subsídio dos ocupantes de cargos públicos, o que causou enorme polêmica no âmbito dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esta lei tornou mais viável a participação da população no controle dos gastos públicos.

Em pesquisa realizada pelo FIRJAN, no ano de 2010, referente à gestão fiscal dos Municípios brasileiros, uma das conclusões foi que "[...] apenas 83 dos mais de cinco mil municípios brasileiros geram receitas suficientes para pagar seus funcionários" (BRASIL, Índice Firjan de Gestão Fiscal, 2013). Em mais de dez anos após a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, "quase 400 municípios superaram o teto de 60% da receita corrente líquida definido para as despesas com o funcionalismo". (BRASIL, Índice Firjan de Gestão Fiscal, 2013). Com isso se constata que nem mesmo a Lei de Responsabilidade Fiscal, que definiu diversos mecanismos de controle dos gastos públicos, produziu eficácia o bastante para que os recursos fossem utilizados de forma racional.

Na tentativa de ressignificação do interesse público interpretado pela condução de medidas administrativas executadas pela Administração Pública, surge a demanda de inclusão de instrumentos de controle popular capazes de retomar a formação de vínculos de confiança diante do desempenho dos gestores públicos. A eficiência administrativa não deve se resumir apenas na ideia de resultados, mas na conquista da credibilidade das ações tomadas pelas autoridades públicas, sujeitas à responsabilização de seus atos ímprobos. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, não podendo obstaculizar o cumprimento do que é previsto constitucionalmente, não fugindo à responsabilidade. Essa preocupação não vem de agora, pois desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ficou estabelecido que todos os cidadãos tivessem o direito de verificar se houve o devido emprego da contribuição pública, essencial para a cobertura das despesas da Administração (art. 14). É cediço que a aludida declaração também instituiu, por força de seu art. 15, o princípio da responsabilidade política e pessoal dos agentes públicos ao dispor que "A sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração." (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, 2013).

É nesse cenário de necessidade de controle dos gastos públicos e de busca de uma administração transparente, adepta do planejamento participativo, que aparece a figura da *accountability* democrática (ou societal). Refere-se a um "mecanismo não eleitoral que emprega ferramentas institucionais e não institucionais (ações legais, participação em instâncias de monitoramento, denúncias na mídia, etc)" (GUERRA, 2012, p. 158), conduzido por ações individuais, associações de

cidadãos e movimentos sociais. Seu propósito é “expor erros e falhas do governo, trazer novas questões para a agenda pública ou influenciar decisões políticas a serem implementadas pelos órgãos públicos.” (GUERRA, 2012, p. 158) Trata-se de um mecanismo que obriga os governantes a responderem por seus atos ou omissões, devendo prestar contas perante os governados e instâncias controladoras.

No entanto, a *accountability* poderá ocorrer em outras duas dimensões: vertical e horizontal. Com relação à vertical, também de teor democrático, está fundada no instituto das eleições, quando o povo premia ou castiga os bons e maus gestores com a reeleição ou afastamento de seus representantes. A horizontal consiste no controle existente entre os poderes por meio do mecanismo de freios e contrapesos, onde um poder tem competência para fiscalizar e controlar o outro. Esse controle pode ser feito, por exemplo, pelas Corregedorias (controle institucional interno) ou os Tribunais de Contas (controle institucional externo). No entanto, essas formas de controle têm se revelado insuficientes para o efetivo exercício do policiamento da gestão fiscal, diante do contingente de questões que precisam ser monitoradas, o que determina a necessidade da participação popular como ferramenta de suporte.

Por isso, as democracias ocidentais precisam ser reinventadas por novas experiências de gestão e por variados instrumentos de controle que não mais comportam sua tipificação em modelos estritamente liberais-representativos.

Acentua-se a suspeição em relação a todos que exercem qualquer parcela de poder e que não prestam contas e, por conseguinte, os cidadãos representados tomam cada vez mais consciência de que devem manter-se em sentinela mediante o exercício do poder pelos seus representantes políticos, o que inspira a crescente utilização de aparatos de controle e a consolidação da *accountability* democrática.

Em linhas gerais, quando se fala em *accountability* pensa-se implicitamente em “responsabilização pessoal do administrador pelos atos que pratica e, explicitamente, à exigente prontidão para a prestação de contas.” (PANIAGO, 2011, p. 64).

Porém, a expressão *accountability,* na forma como tem sido empregada, não possui uma tradução fidedigna para a língua portuguesa. Não obstante, o sentido da

palavra se remete à possibilidade de exercício da prestação de contas, ou seja, o controle e fiscalização das finanças públicas, ensejando responsabilização ao administrador público e aos servidores com competência para dispor sobre o orçamento público por meio de ações civis públicas por improbidade administrativa. Além disso, também exprime o significado de transparência das ações governamentais no cumprimento da gestão pública.[92]

Pela simples observância das variáveis de sentido que o termo *accountability* nos conduz já se verifica o afastamento de concepções ontológicas no esforço vazio de se estabelecer um conceito fechado para definir seu significado, pois é a práxis social quem o deve definir, afastada a unicidade de sentido. Isso reforça a ideia de que esse tipo de instituto jurídico deve ser interpretado a partir do uso de jogos de linguagem[93], pois a nomeação por meio da linguagem não pode ser entendida ontologicamente, porém a partir da situação imperativa decorrente da comunicação (MULLER, 1995, p. 38).

Contudo, a transparência possui natureza de princípio orçamentário disposto no art. 165, § 3º, da CR/88 e nos arts. 48 (modificado pela Lei Complementar nº 131/09) e 49 da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Por esse princípio, conforme destaca Evandro Martins Guerra, o povo, por ser o legítimo proprietário dos recursos orçamentários, deve tomar conhecimento de todas as etapas que antecedem a arrecadação e a aplicação do erário, sendo uma norma interligada ao princípio republicano e ao da publicidade:

---

[92] No entanto, trata-se de um vocábulo sem tradução exata para a língua portuguesa, mas que exprime diferentes significados. Na língua espanhola, a expressão é, de praxe, entendida como "rendición de cuentas", equivalendo, em português, ao dever de prestação de contas, que, neste caso, envolve tanto a tomada de decisões, quanto a adoção de determinados comportamentos pelo gestor público em matéria de gastos. Se num Estado democrático e plural as decisões públicas não podem destinar-se a apenas financiar o interesse de um único grupo, mas de toda a coletividade, a noção de *accountability* vai mais além, pois aproxima a participação popular da gestão orçamentária, reforçando o liame entre moralidade, eficiência, publicidade e transparência. A esse respeito, vide: CAMPOS, 1990, p. 30-50

[93] "O conceito do "jogo de linguagem" se deve nessa forma a Wittgenstein. O ponto de vista assinala o abismo entre o "Tractatus", escrito pelo jovem Wittgenstein, e os escritos a partir das "Investigações Filosóficas", nos quais o "jogo de linguagem" ocupa um lugar central. [...] No "Tractatus" a palavra é considerada enquanto nome; nas "Investigações Filosóficas" ela é vista como momento de um modo concreto de uso. A função da linguagem já não é mais a de retratar o mundo. Um "jogo de linguagem" é, muito pelo contrário, uma *situação lingüística*, dentro da qual se pode afirmar que aqui [...] o significado das palavras é a coisa à qual elas se referem. Não se pode falar aqui de um significado "em si" da palavra individual; só se pode dizer como a referida palavra é utilizada no âmbito de um determinado jogo de linguagem. Via de regra, o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem." (MULLER, 1995, p. 36-37).

> A norma decorre do **princípio republicano**, tendo como instrumentos as audiências públicas, o orçamento participativo, o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal. Ademais, trata-se de uma evolução do **princípio da publicidade**, porquanto as leis orçamentárias devem ser publicadas com clareza e exatidão, para que os cidadãos comuns as compreendam, possibilitando o **controle social da Administração**. (GUERRA, 2012, p. 74) (grifos nossos)

Ademais, a transparência é um princípio essencial ao exercício do controle externo da Administração Pública, sendo este um mecanismo reflexo direto do princípio republicano, tal como se observa:

> [...] em nosso ordenamento jurídico, ao **controle externo** e a quem dele se ocupa foi conferido elevado prestígio – funcionalmente **reflexo direto do princípio republicano**, pois numa república, naturalmente, impõe-se a responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência e conseqüente dever zelar por tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. Esta responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. (PINTO In: PIRES; BARBOSA, 2008, p. 307) (grifos nossos)

A cidadania impõe à Administração Pública sua abertura à participação da sociedade, do mesmo modo em que se pode também aferir que o controle da Administração Pública é um forte instrumento de cidadania inserido na forma de governo republicana (PINTO in: PIRES; BARBOSA, 2008, p. 306).

Em face do elevado índice de corrupção e da prática de tantos outros atos qualificados como de improbidade administrativa foi preciso que o legislador recorresse à edição de “alguns diplomas legais, regulamentadores da Constituição, com o propósito de exercer controle mais efetivo sobre os órgãos e agentes públicos.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 872).

A partir da perspectiva extraída de uma ampla concepção de *accountability* é que se embasou a sistemática da Lei de Responsabilidade Fiscal, marco legal pioneiro quanto à introdução da participação popular na gestão pública orçamentária. Seu grande objetivo é a “obtenção de equilíbrio nas contas públicas, para tanto prevenindo riscos e corrigindo desvios, tudo mediante o cumprimento de metas de resultados entre receita e despesa.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 872) Em reforço aos seus dispositivos, na tentativa de salvaguardar melhor produção de

eficácia, justificou-se a edição da aludida Lei Complementar nº 131/09 (Lei da Transparência) que intensificou, ainda mais, a importância da transparência ao reforçar as ferramentas de manuseio da publicidade e do direito à informação, exigindo-se a divulgação de todos os dados relativos às receitas e despesas dos entes federativos, em tempo real, na internet. A Lei Complementar nº 131/09 acrescentou dispositivos à Lei de Responsabilidade Fiscal, "a fim de fomentar a disponibilização, em tempo real, de informações detalhadas acerca da execução orçamentária e financeira da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios." (MOURÃO, 2012, p. 106).

Dentre as alterações vale destacar o art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que trata da transparência da gestão fiscal, conforme se verifica a seguir:

Redação Original	Redação Após a LC nº 131/09
caput: são instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.	**Não houve alteração**
Parágrafo único: Transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos	A transparência será assegurada também mediante:
Sem previsão	**I –** incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
Sem previsão	**II –** liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;
Sem previsão	**III –** liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

Além de alterar o art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar nº 131/90 acrescentou mais quatro artigos, a saber: 48-A; 73-A; 73-B; 73-C. Todos têm o objetivo de ampliar a transparência e assegurar o controle fiscal.

Pela inteligência desse novo perfil legislativo (art. 48, Parágrafo Único, incs. I a III) a transparência passa a ser assegurada mediante a inserção de mecanismos que viabilizam o exercício da *accountability* democrática, como:

- incentivo à participação popular e à realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei do orçamento anual. Com isso, o planejamento participativo torna-se uma diretriz vinculada por força de lei, deixando de ser uma simples opção política ou ideológica do gestor.
- liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público. Ora, diante de sua massificação e poderosa adesão social, a internet torna-se uma ferramenta indispensável para impulsionar a moralidade fiscal, haja vista tratar-se de um dos principais veículos de comunicação, cuja utilização deve ser compreendida no contexto de reconhecimento do direito virtual – direito fundamental de quinta geração.
- adoção de sistema integrado de administração financeira e controle que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União.

Em suma, a composição dessa estrutura de controle e fiscalização popular é essencial para que se desvele o campo da orçamentação, o qual não pode ser visto como "uma província sacrossanta de atuação Legislativa e Executiva isento a qualquer controle." (LEITE, 2011, p. 267). A publicidade dos balanços das finanças, dando amplo acesso ao público, inclusive por meio eletrônico (via internet), tem justamente a intenção de "[...] aumentar a transparência na gestão do gasto público, permitindo servirem os mecanismos de mercado e o processo político como instrumentos de controle e punição dos governantes que não agirem de maneira correta." (GUERRA, 2012, p. 235).

Neste sentido, vale ainda destacar o advento de outra lei de grande relevância quando se fala em administração transparente, colaborando para o exercício da *accountability* democrática: a Lei nº 12.527/11. Esta foi instituída com o objetivo de ampliar e regular o acesso à informação, estabelecendo procedimentos para que a Administração Pública responda aos pedidos de informação do cidadão. O aspecto mais importante dessa legislação é "ser ferramenta fundamental para a ampliação do controle social sobre a gestão pública." (BRASIL. Lei Federal 12.527. Recomendações aos Tribunais de Contas do Brasil**.** Grupo de Comunicação Institucional (GCI/PROMOEX), 2013).

Afinal, a evocação do controle social em prol da transparência impõe a necessidade de criação de espaços públicos em que os próprios cidadãos tenham

acesso à informação para usá-la em favor de seus interesses e em defesa da própria sociedade. Por isso, a *accountability* está ligada à obrigatoriedade de prestação de contas à sociedade, a uma administração transparente, regulando a relação entre o Estado e sociedade na formação e controle das políticas públicas. De igual jaez, a participação da população no controle das políticas públicas é essencial para a concretização do direito fundamental à boa administração.[94]

Portanto, não restam dúvidas de que esses mecanismos de engrenagem da *accountability* corroboram com a imposição do dever de responsabilidade do administrador público, repercutindo na necessidade de salvaguardar o equilíbrio fiscal de maneira sólida e permanente, contribuindo, nesse sentido, "para a sustentabilidade do crescimento, sob pena de responsabilização." (GUERRA, 2012, p. 236).

CONCLUSÃO

O mecanismo de formação de políticas públicas – essenciais à efetivação de direitos fundamentais – decorre de uma ampla e dinâmica interação de fatores econômicos, administrativos, políticos e ideológicos que precisam estar organizados no planejamento público. Tal plano revela a expressão da política geral do Estado por coordenar, racionalizar e dar uma unidade de fins à sua atuação, não se consumando no exercício de sua função política, pois também consiste em forma peculiar de manifestação da função administrativa. Por envolver o poder de administrar junto a relações de cunho político é que o planejamento depende da existência de um complexo processo de negociações e decisões políticas, devendo trazer ao âmbito da gestão pública a disponibilidade de exercício do controle, da informação e da colaboração da sociedade civil diante da dinâmica orçamentária.

A reestruturação da Administração Pública, sob a égide de novos alicerces democráticos, não deve atentar-se somente para aspectos gerenciais ou problemas técnicos de gestão, mas também a questões eminentemente políticas pela co-participação entre Poder Público e povo. Esses fatores são bases para a

[94] "O direito fundamental à boa administração de instituições públicas constitui um passo decisivo para garantir índices democráticos no exercício do poder. O fato de o poder se usar de maneira aberta, plural, social, equilibrada e humana é algo que se deve considerar como a base de racionalidade a partir da qual devem se projetar as diferentes formas de governar e administrar frente às distintas opções políticas." (MUÑOZ, 2012, p. 157)

compreensão do planejamento participativo, segundo o qual a principal forma de controle da atividade planejadora é a vinculação do plano ao orçamento para que este não se desvie de suas funções sociais.

Por meio do orçamento são fixadas as receitas e as despesas públicas, buscando-se o desenvolvimento econômico equilibrado das finanças públicas que gerará, por conseqüência, o patrocínio das políticas públicas. Todavia, é preciso haver um intenso controle sobre o Poder Público, a fim de se evitar desvios de finalidade ou desperdícios dos recursos públicos. Esse controle ocorre por meio da *accountability,* que obriga aos governantes responderem ininterruptamente por suas ações ou omissões.

Não basta que tal forma de controle se opere somente pelos Poderes Legislativo e Judiciário (através do mecanismo de freios e contrapesos), ou, ainda, pelo Tribunal de Contas. Deve ser estendido aos cidadãos (*accountability* democrática), tal como reforça imperativos legais como a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei nº 131/09, concentrando-se esforços rumo à transparência na gestão pública orçamentária.

Portanto, pode-se concluir que o planejamento participativo é instrumento eficaz à promoção da transparência na gestão pública orçamentária, colaborando com a democratização da *accountability*, no intuito de se aferir eficiência nas políticas públicas e o cumprimento do direito fundamental à boa administração.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Lucas Aurélio Jost. Participação política e desenvolvimento sustentável. **Seqüência -** Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n.40, p.27-39, jul. 2000.

AZEVEDO, Eder Marques de. **Gestão pública participativa**: a dinâmica democrática dos conselhos. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2007, 180f.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 24. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Índice Firjan de Gestão Fiscal**. Disponível em: <http://www.firjan.org.br/IFGF/download/IFGF_2010.pdf>. Acesso em 05/08/2013.

BRASIL. **Lei Federal 12.527** – "Lei de Acesso à Informação". Recomendações aos Tribunais de Contas do Brasil**.** Grupo de Comunicação Institucional (GCI/PROMOEX). Disponível em: http://www.controlepublico.org.br/files/Carta%20de%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20aos%20TCs%20sobre%20a%20Lei%2012_527.pdf . Acesso em: 08/08/13.

BRASIL. **Portal do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2293035.PDF). Acesso em: 01/08/2013

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. [org.] **Políticas Públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, n. 24, pp. 30-50, fev./abr. 1990.

CARVALHO FILHO, José do Santos. **Manual de Direito Administrativo***.* 24. ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 02/07/13.

DEUTSCH, Karl. **Política e Governo.** Tradução de Maria José Matoso Miranda Mendes. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e controle da atividade financeira estatal.** Prefácio de Carlos Pinto Coelho Motta. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen . **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

HABERMAS, Jürgen. Teorias da verdade. **Wirklichkeit und Reflexion** H. Fahrenbach, Pfullingen, __, p. 211-266, __. Tradução de Antônio Cota Marçal. 1973 (Texto traduzido para a circulação interna do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas).

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 9. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal:** paradigmas para o Estado constitucional brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Direito argumentativo e direito discursivo: a contribuição de Perelman e o desafio de Habermas para a teoria da argumentação jurídica. **Seqüência -** Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n.40, p.87-107, jul. 2000.

MOURÃO, Licurgo. Acesso à informação pública, ética e pós-modernidade: revistando a Teoria Habermasiana. Transparência e Controle Social.**Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte. Ano 1, n.1, p. 96-119. 2012.

MULLER, Friedrich. **Direito, Linguagem, Violência:** Elementos de uma teoria constitucional, I. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides e Willis Guerra Santiago Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública.** Tradução de Daniel Wunder Hachem. Coleção Fórum Eurolatinoamericana de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PANIAGO, Einstein Almeida Ferreira. *Accountability* e publicidade no estado democrático de direito. *Biblioteca Esaf Cad. Fin. Públ.,* Brasília, n.11, p. 59-89, dezembro de 2011. Disponível em:< www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/Biblioteca/arquivos/cadernos_11/accountability.pdf >. Acesso em: 30/07/2013.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização de direitos fundamentais. **VIII Congresso Mineiro de Direito Administrativo –** O Direito Administrativo na perspectiva dos direitos fundamentais.

Realização: IMDA (Instituto Mineiro de Direito Administrativo). Belo Horizonte: 06 a 08 de maio de 2013.

RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. [orgs.] **Direitos humanos e globalização:** Fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Reinventar a emancipação social: para novos manifestos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.) **Democratizar a democracia:** os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, __, 39-82.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos... [et al.] (Org.) **Políticas Públicas e Gestão Local:** programa interdisciplinar de capacitação de conselheiros municipais. Rio de Janeiro: FASE, 2003, 144p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais –** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação (Cidadania, Direito, Estado e Município).** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAPÍTULO 5

A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO NO BRASIL

Ana Flávia Alves Canuto[95]
DOI 10.1111/9788565604208.05

Resumo: No Brasil, o Presidente da República cumula as fun ções de Chefia de Estado e de Chefia de Governo, atuando, assim, tanto no plano internacional, como no direcionamento das questões e políticas internas. Em função disto, o Presidente brasileiro reúne uma gama enorme de funções, incluindo funções legislativas, que ele exerce, majoritariamente, por meio da edição de medidas provisórias. Esta função legislativa do Poder Executivo, que já foi tida como inadequada, por supostamente usurpar a função típica do Poder Legislativo, hoje é observada como natural e necessária para o desempenho de suas atribuições. C om isto, fica a cargo do Poder Legislativo atuar mais na fiscalização do Executivo, promovendo, inclusive, a sua responsabilização política, quando necessário, o que é feito por meio do processo de *impeachment*. Entretanto, embora se assemelhe ao processo de responsabilização política promovido em sistemas parlamentaristas, no Brasil, cujo sistema é classificado pelos cientistas políticos como um presidencialismo de coalizão, a responsabilização política do Chefe do Executivo nã o é uma realidade muito provável, justamente em virtude das coalizões formadas.

Palavras-chave: Responsabilidade política, Chefe do Poder Executivo, presidencialismo de coalizão

Abstract: In Brazil, the president fills the functions of Head of State and Head of Government, acting thus, both internationally, and in the direction of the issues and internal policies. Because of this, the Brazilian President brings together a huge range of functions, including making laws, which he does, largely, through the issuance of provisional measures. This legislative function of the Executive Power, which has been regarded as unsuitable for allegedly usurping the typical function of the Legislature, today is seen as natural and necessary for the performance of its duties. With this, is up to the Legislative Power to act more in the oversight of the Executive, promoting also its political accountability, when necessary, which is done through the process of impeachment. However, although it resembles the process of political accountability in parliamentary systems, in Brazil, whose system is classified by political scientists as a coalition presidentialism, the political accountability of the Head of State is not a very likely reality, precisely because of the coalitions formed.

Key-words: Political accountability, Head of State, coalition presidentialism

[95] Advogada em Uberlândia (MG), professora do Centro U niversitário do Triângulo (Uberlândia – MG) e mestranda em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco, Endereço: Rua Tobias Inácio, nº 59, Bairro Lídice, Uberlândia-MG, CEP: 38.400-150 Telefones: (34) 3210-4000; (34) 9928-0587 E-mail: anaflavia@ecaa.adv.br

Introdução

Este trabalho tem como objetivo tecer algumas considerações acerca da organização e funções do Poder Executivo federal br asileiro, analisando seu relacionamento com o Poder Legislativo, suas atribuições legislativas, sua responsabilidade política e o atual papel de destaque do Poder Legislativo como seu fiscalizador.

Para isto, estudam-se as particularidades deste poder, que é, sem dúvidas, o mais relevante no Estado brasileiro, tanto em função da forma de investidura do Presidente, realizada via eleições diretas e majoritárias, quanto do fortalecimento feito pela Constituição, que lhe trouxe inúmeras at ribuições, e do seu desenvolvimento histórico, que o levou a abarcar cada vez mais competências e selar alianças que permitem a governabilidade e, indiretamente, garantem sua permanência no cargo.

2 O Executivo federal no Brasil – o Presidencialis mo e as funções de Chefia de Estado e Chefia de Governo

O Brasil adota o sistema presidencialista de governo (artigo 76 da CR/1988), cuja característica que lhe dá nome é a existência de um Executivo unipessoal, ou seja, o Poder Executivo é exercido por uma única pessoa, que concentra as duas funções próprias, de Chefia de Estado e de Chefia de Governo, diferentemente do parlamentarismo, em que as duas funções são exercid as por duas pessoas, sendo a primeira pelo Presidente ou Monarca e a segunda pelo Primeiro Ministro.

Este sistema surgiu nos Estados Unidos da América, com a Constituição de 1787, tendo sido implantado no Brasil, segundo Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 1010), na primeira Constituição republicana, a de 1891, por influência de Ruy Barbosa. Desde então, nunca mais foi retirado das C onstituições brasileiras, sendo, no entanto questionado por alguns, até que foi escolhido democraticamente pelo povo brasileiro em plebiscito realizado em 21.04.1993, em cumprimento da

determinação do artigo 2º do Ato das Disposições Co nstitucionais Transitórias da Constituição de 1988 e da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 2.[96]

Uadi Bulos (2007, p. 1011) também esclarece que o presidencialismo é um sistema que compactua com a eletividade, pois os poderes do Presidente podem derivar diretamente do voto popular ou de eleições indiretas, em que um colégio de representantes o elege, como nos Estados Unidos. No Brasil, é o povo quem escolhe o Presidente da República em eleições diret as e majoritárias (artigo 77 da CR/1988), sendo, portanto, quem lhe concede seus poderes.

Quanto às duas funções de chefia desempenhadas pelo Presidente da República, os manuais de Direito Constitucional ens inam que a Chefia de Estado consiste na representação da República como um todo , tanto na órbita interna, como na internacional, sobretudo nesta última, em que o Presidente atua em nome da soberania nacional, mantendo relações com Estados estrangeiros, celebrando tratados internacionais, e declarando guerra no caso de agressão estrangeira, enquanto a Chefia de Governo representa a gerência dos negócios internos do Estado, tanto os de natureza política, como os de natureza administrativa, por meio da qual o Presidente administra os órgãos que lhe são vinculados, disciplina as atividades administrativas, participa do processo legislativo, iniciando-o ou não, faz o planejamento, execução e controle orçamentários e d e despesas e exerce a direção das Forças Armadas (MORAES, 2010, p. 473).

3 Os poderes do Presidente da República brasileiro

Como já dito, o Presidente da República brasileiro conjuga as atribuições de Chefia de Estado e de Chefia de Governo. O fortalecimento da figura presidencial, não apenas no Brasil, se deveu, segundo Alexandre d e Moraes (2004, p. 129), à necessidade de lhe dar as condições necessárias a i mpulsionar o mecanismo governamental, logicamente sem precisar depender de outras instituições ou poderes, que poderiam lhe atrasar e atravancar sua atuação. Daí o acúmulo de

[96] ADCT – Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.
[...]
EC 2 – Artigo único. O plebiscito de que trata o ar t. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias realizar-se-á no dia 21 de abril de 1993.
[...]

inúmeras atribuições, que culminaram no fato de que "O presidencialismo reúne em uma pessoa a maior concentração de poder da história humana reforçado pela enorme força resultante do apoio da maioria do eleitorado." (MORAES, 2004, p. 131)

Os poderes do Presidente brasileiro estão previstos no artigo 84 da Constituição e são vários, como já adiantado no tóp ico anterior. É interessante perceber que, além das atribuições ligadas à administração interna, à participação no processo legislativo, à direção das Forças Armadas, à nomeação e exoneração de seus assessores diretos e aos relacionamentos internacionais, ao Presidente também é dado o poder de nomear os membros da cúpula do Poder Judiciário e de outros órgãos.

Os incisos XIV, XV e XVI do artigo citado incubem o Presidente da República de nomear os Ministros do Supremo Tribuna l Federal e Tribunais Superiores, que são parte do Judiciário, o Procurad or-Geral da República, que é o chefe do Ministério Público Federal, o presidente e os diretores do Banco Central, os Ministros do Tribunal de Contas da União, órgão que faz parte do Legislativo, e o Advogado-Geral da União.

Em alguns casos, exige-se que o Senado Federal aprove a indicação, mas, de toda sorte, é notório o vasto poder presidencial sobre a composição e, logo, sobre a organização e funcionamento de órgãos estatais importantes, alguns pertencentes, inclusive, a outros Poderes que não o Executivo.

Além disto, a Constituição brasileira também investiu o Presidente da República de poderes ainda mais amplos quando decla rar tempo de crise. O artigo 136 prevê o Estado de Defesa, uma forma mais branda de decretação de estado de exceção, e os artigos 137, 138 e 139 dispõem sobre o Estado de Sítio, a forma mais extrema de exceção, a qual, por isto, necessita de autorização do Congresso Nacional para ser decretada. Em ambos os casos, é dado ao Presidente suspender direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, com o o sigilo de correspondência e comunicação e a liberdade de reunião, sendo o regim e mais acirrado quando se trata de Estado de Sítio.

3.1 O Executivo legislador

Em “O Federalista”, Alexander Hamilton (*Apud* WEFFORT, 2006, p. 275) ensina, quanto às atribuições dos poderes, que:

> O executivo dispõe não apenas das honrarias, mas ta mbém da espada da comunidade. O legislativo, além de controlar os gastos do tesouro, prescreve as normas que devem reger os direitos e deveres de cada cidadão. O judiciário, porém, não tem a menor influ ência sobre a espada nem sobre o tesouro; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdad e, pode-se dizer que não tem FORÇA nem VONTADE, limitando-se simplesment e a julgar, dependendo fundamentalmente do auxílio do ramo executivo para a eficácia de suas sentenças.

No entanto, muito embora ainda exerça algum controle sobre os gastos do Executivo, no Brasil, atualmente o Legislativo não tem o monopólio da produção legislativa, o que faz com que o Executivo não seja apenas quem detém a espada para garantir a execução das previsões normativas e escolhe como realizar os gastos públicos.

O Executivo assumiu progressivamente a função legislativa, mas de forma paralela, sem retirá-la do Poder Legislativo. Este fenômeno adveio da transformação do Estado Liberal em Estado Social, que provocou o inchaço do Executivo, vez que se associaram a ele todas as atribuições estatais e se direcionaram a ele as cobranças pelo cumprimento de todos os anseios sociais.

Para Beçak (2007, p. 41), o crescimento da importância e das atribuições do Executivo foi um processo sem retorno:

> A assunção da primazia pelo Executivo logo se tornou processo irreversível. Por ser o poder mais bem aparelhado, por ser, ademais, o poder com maior resolutividade, foi a ele que as aflições, angústia s e, finalmente, pressões se canalizaram.

Este inchaço do Executivo se deveu, em grande parte, a alterações na economia e à demanda por intervenções estatais nela . Sendo o Executivo o poder mais aparelhado, como mencionado por Beçak, a intervenção estatal foi associada à atuação do Executivo.

Neste contexto, a mecanização da produção, o surgimento da economia de escala e de classes assalariadas fizeram com que as técnicas artesanais de produção tornassem-se obsoletas, arruinando os pequenos produtores e permitindo a dominação do mercado por um número cada vez menor de empresas. Com isto,

apareceram o poder econômico e a quebra das regras de mercado, que fizeram com que o capitalismo concorrencial e a economia entrassem em crise. A partir de então, o Estado foi chamado a intervir de maneira distinta do que já havia feito antes.

Além de emitir moeda, exercer o poder de polícia, editar normas e códigos e ampliar os serviços públicos, o Estado também deixou de ser afastado do mercado, para passar a regulá-lo, conformes os interesses de ste (CLÈVE, 2000, p. 37-38).

E Clèmerson Clève (2000, p. 38) informa que o Estado passou a intervir na economia de diversas formas, o que alterou profundamente seu perfil de Estado de direito, pois surgiu o Estado empresário. Segundo o autor:

> O Estado regulará o mercado, diminuindo considerave lmente a extensão da autonomia da vontade nos negócios privados. Reprimirá certas práticas comerciais contrárias ao princípio da livre concorr ência. Ademais, participará do processo econômico, quer seja através de empresas estatais, quer seja, ainda, oferecendo a infra-estrutura necessária para a implantação e o desenvolvimento das indústrias e negócios e, finalmente, por intermédio da implementação de políticas de induzimento à manifestação de empreendimentos econômicos.

A partir daí, o Executivo, que no Estado Liberal pouco intervinha no cenário social e econômico, foi chamado a tomar posturas mais ativas, tornando-se verdadeiramente intervencionista, a fim de conseguir concretizar o Estado Social. No entanto, em face do princípio da legalidade, que, no Estado de Direito, tem relevância incontestável e exige autorização legal para as ações governamentais, legitimando-as, o Poder Executivo tornou-se cada vez mais dependente das deliberações do Poder Legislativo para agir.

Mas, como bem coloca Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 302-303):

> [...] No plano econômico, sobretudo, para enfrentar as daninhas flutuações conjunturais, é preciso que elas venham no momento adequado, sob pena de se tornarem, quando tardias, inócuas, senão contraproducentes.
>
> Os Parlamentos não deram conta dessa tarefa quando ela surgiu, como não a satisfazem atualmente. O seu método de trabalho, aberto ao debate que pode durar meses, aberto à obstrução que lhe pode paralisar os trabalhos, as divisões partidárias, sua acessibilidade aos gru pos de pressão, impediram que satisfizesse essa necessidade, ao menos no instante exigido. É o fenômeno designado nos livros por “crise do Parlamento”.
>
> Por outro lado, muitas das decisões econômicas, ou concernentes à segurança nacional, imperativo de importância acres cida nos últimos

> cem anos, devem ser tomadas em sigilo. Para isto, também, os Parlamentos são inadequados.

Em função disto, o Executivo, sendo cada vez mais cobrado de posturas intervencionistas, as quais exigiam rapidez na concretização, mas dependiam da legitimação legal, que não conseguia ser feita a te mpo e a contento pelo órgão especializado, levaram ao desenvolvimento da função legislativa pelo Poder Executivo. Gustavo Nicolau (2009, p. 32) assim resume a origem deste fenômeno:

> Percebe-se, portanto, que a origem da produção legislativa pelo Chefe do Executivo decorre de um interesse social, de uma necessidade de o Estado intervir para organizar a economia e atenuar as desigualdades causadas pela Revolução Industrial e pelo capitalismo espoliativo. Por conta disso, o Poder Executivo assume primazia no processo legislativo no Estado Social. No Brasil, e em boa parte do Ocidente, vai adquirindo competências legislativas cada vez maiores, como, por exemplo, a iniciativa de lei; reserva de iniciativa de lei orçamentária; reserva de iniciativa de determinadas matérias; poder de acelerar tramitação de seus projetos no Congresso; direito de veto, poder de iniciativa de emendas constitucionais.

A legiferação do Executivo, segundo explica Manoel Gonçalves (2011, p. 301-302), teve início antes da Primeira Guerra Mundial. Entretanto, naquela época, ocorria de forma quase envergonhada, sempre utilizando artifícios que buscassem preservar a aparência da separação absoluta dos pod eres e da primazia do Legislativo para legislar, disfarçando a atuação legislativa do Executivo. Editavam-se, então, leis-quadro, leis habilitativas, delegações legislativas, regulamentos *praeter legem*, regulamentos de necessidade.

Ainda de conformidade com o autor, somente após a Segunda Guerra ocorreu a atribuição da função legislativa ao Executivo de forma expressa, iniciando-se pela Constituição Italiana de 1947, que previu os *decreti-leggi*, e seguindo-se nas Constituições Francesa (1958), Portuguesa (1976), Espanhola (1978) e Brasileiras (1967 e 1988).

Hoje, a Constituição brasileira concede ao Presidente da República, além dos poderes de administrar, também os poderes de iniciar o processo legislativo de leis ordinárias e complementares (artigo 61, *caput*), sendo algumas de iniciativa privativa dele (artigo 61, § 1º); editar medidas provisórias com força de lei (artigo 62); requerer urgência na apreciação dos projetos de lei apresentados por ele, por meio da submissão ao processo legislativo sumário (artig o 64, §§ 1º a 4º); sancionar e vetar

projetos de lei (artigo 66); e editar leis delegadas, que são as que dependem de prévia autorização do Congresso Nacional (artigo 68).

Mas, apesar da previsão constitucional expressa e d a aceitação da flexibilização das funções dos poderes e de sua per meabilidade, muitas críticas surgiram a partir do aumento da edição de normas pelo Presidente da República, vindo a classificar esta postura como abusiva e usurpadora da função do Poder Legislativo.

Alguns críticos da nova postura legiferante de grande volume do Executivo, foram Ives Gandra da Silva Martins[97], Nelson Saldanha[98], Omar Kadri[99], Fabio Konder Comparato[100] e o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao indeferir liminar no mandado de segurança nº 27931, em março de 2009, associando a edição de numerosas medidas provisórias à ruína do Poder Legislativo e, por consequência, do modelo de Separação de Poderes [101].

No entanto, muitos também são os que entendem como natural esta postura legislativa do Presidente da República brasileiro, como Karl Loewenstein[102], Clèmerson Merlin Clève[103], Marco Aurélio Sampaio[104], Pedro Abramovay[105] e outros.

E isto ocorre porque, como esclarece Karl Loewenstein (1970, p. 61), a atuação legislativa do Executivo é natural e adequada, vez que há uma também natural sinergia entre as funções de legislar e administrar:

> *La legislación y la ejecución de las leyes no son uncionesf separadas o separables, sino sencillamente diferentes técnicas del liderazgo*

---

[97] MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A separação de poderes no Brasil.** Brasília: Programa Nacional de Desburocratização – PrND, Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985. (Curso Modelo Político Brasileiro – v. IV).

[98] SALDANHA, Nelson. **Separação de poderes.** 2. ed. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1983. (Curso O poder legislativo, 2).

[99] KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O executivo legislador:** o caso brasileiro. Coimbra: Coimbra, 2004.

[100] COMPARATO, Fábio Konder. A ‘questão política’ nas medidas provisórias. **Cidadania e Justiça** , Rio de Janeiro, ano 5, n. 10, 1. sem. 2001.

[101] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 27931** . Órgão Julgador: Relator. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília (DF), 27 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2667594>. Acesso em 8 out 2010

[102] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Barcelona: Ediciones Ariel, 1970

[103] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

[104] SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2007

[105] ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **Separação de poderes e medidas provisórias.** Rio de Janeiro: Elsevier: Faculdade de Direito da FGV, 2012

> *político. Y pertenece a la biología del proceso del poder que el liderazgo político esté en manos del gobierno, un grupo reducido, eficaz y con capacidad para la acción, en lugar de ser ejercido por una asemblea con múltiples miembros, lenta e incapaz recuentemente de formar una voluntad política unida.*

Assim, se é complicado, ou até impossível, separar as atribuições, impossível também imputá-las a diferentes poderes, razão pela qual se justifica o. exercício da função legislativa pelo Presidente da República, sem que isso ofereça qualquer risco à Separação de Poderes ou ao Legislativo.

3.1.1 Os veto players

Os críticos do exercício da função legislativa pelo Presidente da República, tal como ocorre atualmente, a consideram abusiva e exagerada porque acreditam que ela usurpa as funções do Poder Legislativo, esvaziando-o. No entanto, a Ciência Política fornece conceitos e análises acerca do cen ário político e do relacionamento entre os Poderes que permitem uma compreensão melho r da prática real da divisão destas funções e das verdadeiras consequências da c riação legislativa pelo Executivo.

Um dos conceitos é o de *veto players*, que é definido por Tsebelis (s/d) como:

> Um *veto player* é um ator individual ou coletivo cuja concordância (pela regra da maioria no caso dos atores coletivos) é requerida para tomar a decisão de mudar uma política. O conceito de *veto player* origina-se da ideia de pesos e contrapesos incluída na Constituição norte-americana e nos textos constitucionais clássicos do século XVIII; i mplícita ou explicitamente é mencionada nos estudos contemporâneos [...][106]

Como o Presidente da República, no Brasil, pode editar normas com força de lei e dar início ao processo legislativo, tendo em alguns casos, competência exclusiva para apresentar o projeto de lei, mas a norma somente se converterá em lei após a participação ativa do Poder Legislativo, que se traduz em sua autorização, no caso de leis delegadas, este figura, então, como um *veto player* institucional, vez que a sua existência e função vêm previstas na Constituição.

Assim, embora o Poder Executivo possa influenciar os trabalhos legislativos, ele não tem o poder de decidir nada sozinho, primeiramente porque as propostas

[106] Os destaques são do original

normativas e normas temporárias que envia ao Congresso dependem da aprovação deste para se converterem em normas definitivas, e, em segundo lugar, porque a maior parte das políticas públicas que ele vai efetivar necessita de prévia previsão legislativa para legitimá-la, em virtude do princípio da legalidade.

É bem verdade que há uma espécie de norma, a medida provisória, que o Presidente pode editar sozinho e que pode produzir efeitos independentemente da manifestação do Congresso Nacional, por até 120 dias (artigo 62, §§ 3º e 7º), isto em casos ordinários, porque, em situações extraordi nárias, ela pode chegar a ter uma vigência indeterminada, como prevêem os parágra fos 11 e 12 do artigo que a regulamenta, abaixo transcrito:

> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presid ente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobrematéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de p oupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> III - reservada a lei complementar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pel o Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da Repúbli ca. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> § 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. (Incluído pe la Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> **§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem con vertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do§ 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrente s.** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> § 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso

> do Congresso Nacional.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de ur gência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congress o Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> **7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual períodoa vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, c ontado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas d uas Casas do Congresso Nacional.** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> 8º As medidas provisórias terão sua votação inici ada na Câmara dos Deputados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senador es examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das C asas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> **11. Não editado o decreto legislativo a que se re fere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e de correntes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterand o o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

No entanto, a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, reformulou completamente este instituto, como se vê na citação acima, que mostra que todos os dispositivos foram alterados ou incluídos por ela, vez que o artigo 62 original não fazia maiores detalhamentos, pois possuía apenas o *caput* e um parágrafo único.

Esta emenda impôs limites à medida provisória, que vão desde as matérias passíveis de serem tratadas por ela (artigo 62, § 1º), até sua vigência, estabelecida em prazo determinado, com a proibição de reedição (artigo 62, § 10), a qual havia se tornado costume constitucional aceito pelos Poderes e instituições, inclusive o Judiciário, até 2001.

Esta alteração fez com que a legislação feita pelo Executivo se limitasse às suas necessidades, muitas vezes não atendidas a con tento pelo Legislativo, como já mencionado. Também impôs limites à espécie normativ que era usada mais desregradamente pelo Presidente da República, traze ndo como importante ganho a limitação à vigência, que, em regra tornava-se inde terminada e agora só o faz em casos extraordinários.

Desta forma, é possível concluir que a legislação executiva, tida por muitos críticos como exagerada e abusiva, na verdade, não usurpa a atividade do Poder Legislativo, porque o inclui no processo legislativo e de tomada de decisões, fazendo dele um verdadeiro *veto player*, partícipe ativo da cena política do país e não me RO expectador. Este relacionamento entre o Legislativo e o Executivo garante o poder de fiscalização de um sobre o outro, possibilitando o equilíbrio festejado na teoria montesquiana, além de contornar a paralisia institucional que teria origem se o Presidente dependesse totalmente do Legislativo para aprovar as normas fundamentadoras de suas políticas.

Neste sentido é a observação de Pedro Abramovay (2012, p. 70-71):

> [...] sobretudo em regimes presidencialistas o princípio da separação de Poderes com seus freios e contrapesos precisou criar vários mecanismos para poder superar as tendências de paralisia insti tucional. Tais mecanismos em nada violam o princípio da separação de Poderes, mas, antes, são parte constitutiva de seu conceito. Esse s mecanismos, que, no caso da relação entre o Executivo e o Legislativo, se manifestam no aumento do poder legislativo do Executivo, têm por objetivo tornar a democracia mais eficiente, superando a grande quantidade de *veto players* e aumentando o poder de agenda do Presidente.
> [...] a Constituição brasileira acolheu firmemente esta visão contemporânea sobre a separação de Poderes não apenas ao reconhecê-la como um princípio sensível, mas construindo um desenho institucional que não é rígido na divisão de atribuições. [...] nossa Constituição produziu um desenho que privilegia os controles e a criação de um sistema de freios e contrapesos em um ambiente de intenso diálogo constitucional entre os Poderes. [...] Esse desenho constitucional também concilia de forma clara os controles mútuos com o exercício do poder de governar pelo Poder Executivo[107].

O intenso diálogo institucional criado pela grande atuação legislativa do Presidente da República no Brasil é positivo, na visão de muitos autores. Por isto,

---

[107] Os destaques são do original.

esta postura legislativa do Executivo não pode ser classificada como prejudicial à Separação dos Poderes ou responsável pelo seu descumprimento. Tampouco, deve ser considerada como a causa única de abusos e problemas institucionais existentes.

3.1.2 O núcleo essencial do Poder Executivo

A teoria do núcleo essencial ou do conteúdo essencial surgiu na Alemanha e é empregada no estudo dos direitos fundamentais, a fim de fixar limites para a restrição dos mesmos. Ela, inclusive, tem previsão no art. 19, § 2º da Constituição Alemã, que estabelece um limite à restrição dos direitos fundamentais, qual seja a proibição da afetação do conteúdo essencial destes direitos.

Robert Alexy (2008, p. 297-298) assim define as teorias do conteúdo essencial, expondo o significado da versão absoluta e da relativa:

> As teorias subjetivas acerca do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas. Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Restrições que respeitem a máxi ma da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. [...] Já, segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma.

Dessa forma, para o estudo dos direitos fundamentais, se estabelece o núcleo essencial de cada um, que não pode sofrer restrições nem ser atacado.

A partir desta teoria, José Joaquim Gomes Canotilho (2003) e Omar Kadri (2004) abordaram a questão das atribuições legislat ivas do Poder Executivo, informando que as mesmas estão incluídas dentro do núcleo essencial deste poder.

Mas concluíram que, ao editar numerosas medidas provisórias, o Executivo abusa de suas prerrogativas legislativas e invade o núcle o essencial do Legislativo, usurpando suas funções.

No entanto, em função do que já foi exposto quanto aos *veto players* e às consequências da legislação executiva para todo o a rranjo institucional, não se pode concluir que o Executivo legislador viola o conteúd o essencial do Legislativo. Está incluída no núcleo essencial do Executivo a atribui ção de aumentar o diálogo

institucional, contornando a paralisia institucional e, com isto, possibilitando a governabilidade, que é a sua função intrínseca.

Assim, a edição de normas e a iniciativa legislativa do Presidente da República não contrariam e não impedem a efetivação da Separação dos Poderes. Ao contrário, a efetivam, já que representam um pod er exercendo sua função própria.

3.1.3 O presidencialismo de coalizão

O presidencialismo de coalizão é a forma utilizada pela Ciência Política, a cujos estudos recorrem-se novamente, para caracterizar a forma de governo vigente no Brasil pós-1988.

Sérgio Abranches (1988) foi o primeiro a utilizar esta denominação, reconhecendo que em alguns Estados, dentre eles o Brasil, era frequente a formação de coalizões para possibilitar a governanç a. Segundo ele, as coalizões eram mais presentes na medida em que eram maiores a fragmentação partidário-eleitoral e as diferenciações sócio-culturais, que conduziam, por sua vez, à maior instabilidade institucional:

> Basta ver que as sociedades que precisam recorrer a grandes coalizões apresentam importantes variações institucionais. Isto indica, precisamente, que a regra institucional adapta-se à realidade social, garantindo, assim, a representatividade e a estabilidade da ordem política.

Seguindo a mesma linha de estudo, Fernando Limongi e Argelina Cheibub (2001), concluíram que, contrariando todos os indicativos e previsões teóricas, no Brasil o Legislativo vota disciplinadamente, centralizando seus trabalhos na ação dos partidos e cooperando com o Executivo, que possui marcante preponderância sobre o Congresso. Configura-se, portanto, a coalizão acima mencionada. E tudo isto, porque, segundo eles, “As estratégias dos parlamentares e presidentes são derivadas e totalmente definidas pelo que se passa no campo eleitoral” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 21) e o retorno eleitoral é mais garantido agrupando-se à coalizão, do que perseguindo interesses particulares.

> O Executivo domina o processo legislativo porque tem poder de agenda e esta agenda é processada e votada por um Poder Legislativo organizado de forma altamente centralizada em torno de

> regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com princípios partidários. No interior deste quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação. Da mesma forma, parlamentares não encontram o arcabouço institucional próprio para perseguir interesses particularistas. Ao contrário, a melhor estratégia para a obtenção de recursos visando a retornos eleitorais é votar disciplinadamente. (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 22-23)

Assim, no presidencialismo brasileiro, o Executivo e o Legislativo, quer por influência, pressão ou por simples vontade de construir alianças, compõem notória coalizão governamental. Isto permite concluir que u m não usurpa a função do outro, mas, ao contrário, preserva-a, pois depende da concordância do outro para promover as ações desejadas.

Por isso, a edição de normas e a iniciativa legislativa do Presidente da República não contrariam e não impedem a efetivação da Separação dos Poderes, embora, como já exposto anteriormente, a existência da coalizão e a disciplina com que atua o Congresso, possam não ser suficientes para evitar os abusos e problemas institucionais de outras ordens.

4 O Poder Legislativo como agente fiscalizador

O Poder Legislativo era o de maior destaque desde o surgimento do Parlamento, mas perdeu espaço e prestígio na cena política, o que é atribuído, em boa parte, ao seu sistema de trabalho, fundado em debates, que se protraem no tempo e nem sempre chegam à conciliação e uma solução (CAGGIANO, 2004, p. 4).

Além da demora em responder as demandas sociais e da configuração do diálogo, que muitas vezes, não aponta saída alguma para os p roblemas, há também o fato de os trabalhos serem públicos e prejudicarem a apr ovação do que importa sigilo para ser discutido (FERREIRA FILHO, 2011, p. 302-303).

Diante deste cenário, alguns autores buscam estudar os motivos da paralisia legislativa e as possibilidades diante dos novos desenhos institucionais, na busca de resgatar a função legislativa dos Parlamentos e a sua importância no âmbito da Separação dos Poderes.

No entanto, embora tenha consolidado o seu nome, é certo que a função legislativa não é a única que o Poder Legislativo desempenha. O Parlamento é o

órgão representativo por natureza, já que esta foi a primeira de suas funções, aquela que motivou o seu surgimento histórico. Por isto, ele também é o espaço próprio para a participação política (CAGGIANO, 2004, p. 10).

A história do Parlamento como instituição, bem como dos seus membros como representantes do povo, confunde-se com a história do Parlamento inglês. Segundo narra Hanna Fenichel Pitkin (2006, p. 21-23), a palavra representação era utilizada inicialmente, nos séculos XIII e XIV, para caracterizar objetos inanimados e imagens, somente passando a ser utilizada para designar a atuação de uma pessoa por outra nos séculos seguintes.

Concomitantemente a esta evolução linguística, ocorreu a própria consolidação da figura dos membros do Parlamento, compostos por cavaleiros e burgueses, como representantes de suas comunidades, inicialmente como autoridades que assumiam a obrigação da comunidade de pagar os impostos cobrados pelo rei e, posteriormente, utilizados pelas comunidades como um meio de apresentar suas queixas ao rei.

Aos poucos, os membros do Parlamento foram sendo reconhecidos como pessoas capazes de promover o interesse de suas comunidades, bem como de comprometê-las, sobretudo com o pagamento de tribut os e, ao identificar semelhanças entre as reivindicações de suas comunidades com as daquelas representadas por outros membros, passaram a se unir e atuar conjuntamente, reconhecendo-se como um corpo único. Passaram, a pa rtir daí, a ser realmente chamados “membros” do Parlamento e reconhecidos como representantes políticos.

O próprio Parlamento que, de início, reunia-se esporadicamente, atendendo a chamados do rei, consolidou-se como instituição e passou a ser permanente, com membros efetivos, eleitos ou designados para a função própria de representar. Como consequência da atuação dos representantes com o um corpo unificado, consolidou-se a ideia de que, embora eleito por sua comunidade, cada membro do Parlamento atuaria para a nação como um todo.

Com isto, consolidou-se o mandato representativo, idealizado por Sieyés (FERREIRA FILHO, 1979. p. 11), em oposição ao mandato imperativo, semelhante ao do direito privado e praticado até a Revolução Francesa (SOUSA, 1971, p. 7). Assim, os parlamentares, ao representarem toda a nação e não apenas

determinados eleitores que os escolheram, passaram a poder deliberar livremente, atendendo apenas a suas consciências e dizendo sempre o que era melhor para o todo, ainda que isso fosse contrário à vontade dos que os elegeram, pois não tinham a obrigação de atender a orientações dos mandantes. O mandato representativo é mantido até hoje e é por isso que, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1979, p. 12), os representantes não recebem instruções do s eleitores e não têm que lhes prestar contas quanto ao que decidem. Além disto, por sua natureza e até mesmo pela representatividade popular que lhe é inerente, o Legislativo também é caracterizado pelas deliberações, permitindo-se à sociedade não apenas se fazer representar, como também discutir amplamente as decisões políticas a serem tomadas.

Desta forma, embora o Legislativo tenha perdido parte do protagonismo da atividade legislativa, é certo que não teve suas funções esvaziadas, nem perdeu sua importância. Continua podendo desempenhar sua atribuição primordial de representação popular e mantém a sua função fiscalizatória, tão importante para o controle do poder e das condutas Executivas e também para o equilíbrio almejado pela Teoria da Separação dos Poderes, sendo que tal fiscalização também ocorre durante o processo legislativo, que, embora muitas vezes não seja iniciado por ele, tem a sua participação.

A definição da agenda e a exclusividade na elaboração das leis não são necessárias para haver um Legislativo atuante e rel evante no contexto da separação dos poderes. O resgate do destaque deste poder, segundo Bambini de Assis (2012, p. 273-275), está mais associado ao aumento da fisc alização do Congresso sobre o processo legislativo, sobretudo no tocante ao orçamento, auxiliando no controle das políticas formuladas pelo Executivo, do que propriamente à retomada da função legislativa como exclusividade sua.

E a fiscalização é hoje, uma das mais, senão a mais importante atribuição do Legislativo, haja vista a larga atuação do Poder Executivo e a necessidade de apuração e controle de sua responsabilidade política.

5 A responsabilidade política

O controle político é necessário para moderar e limitar o poder político de todos os detentores do poder, os quais naturalmente tendem a abusá-lo. Para Loewenstein (1970, p. 70), este controle pode ser feito por meio da distribuição de poder, quando é necessária a concordância dos diversos detentores do poder em atuar conjuntamente, o que se assemelharia ao cenário que tem o que Tsebelis (s/d) denominou de *veto players*, e por meio do controle autônomo, quando um detentor do poder controla o outro, impedindo que seus atos se realizem ou pondo em jogo sua própria existência.

Para ele, o controle político tem como ápice a poss ibilidade de se poder exigir responsabilidade política dos detentores do poder, sendo esta definida da seguinte forma:

> Existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada, por ejemplo, el gobierno al parlamento, el parlamento al gobierno y, en último término, ambos al electorado. (LOEWENSTEIN, 1970, p. 70)

A responsabilidade política foi criada pelos ingleses para substituir as antigas formas de responsabilização penal feitas por meio da acusação (*impeachment*) e da justiça legislativa (*bills of attainder*), usadas pelo Parlamento contra os conselheiros e os funcionários do rei.

Por meio dela, o constitucionalismo encontrou uma forma racional de fazer frente à submissão mística dos destinatários do pod er à autoridade do governo de origem divina, que se justificava e se mostrava ilimitado e irresponsável apenas por conta de sua procedência. Assim é que:

> *Cuando el principio de la responsabilidad política estuvo incorporado al proceso político, fue posible privar al gobierno o al parlamento que estuviesen en el cargo del derecho a ejercer el poder, pudiendo ser destituidos y sustituidos de una forma constitucional, es decir, sin recurrir a la fuerza o la violencia*. (LOEWENSTEIN, 1970, p. 71)

Loewenstein complementa informando que a responsabilidade política se institucionaliza, entre outros, por meio das eleições, já que nestas, o povo pode confirmar ou rejeitar os atuais detentores de cargos legislativos e governamentais, fazendo uso, afinal, de sua prerrogativa de controle político dos que exercem o poder.

É por isso que, para ele, a responsabilidade política é a técnica mais eficaz de controle do poder, sendo um governo considerado responsável quando o exercício do poder está distribuído e controlado en tre diversos detentores do poder (LOEWENSTEIN, 1970, p. 71).

6 A responsabilidade do Presidente da República no constitucionalismo brasileiro

Com base nas ideias de governo responsável trazidas por Loewenstein, bem como na constatação de que a função mais atual e expressiva do Poder Legislativo é a fiscalização e o controle político, sobretudo do Executivo, é que se lança o contexto para o estudo da responsabilidade específica do Presidente da República no Brasil.

Como bem acentua Alexandre de Moraes (2004, p. 71), o Presidente não é irresponsável como o monarca, o que decorre da sist emática do regime republicano, que não pode ficar indefeso frente a governantes qu e ultrapassam os limites das funções conferidas a eles pela Constituição. Por is so, devem existir mecanismos que garantam a aplicação e a defesa das normas constitucionais, sendo um deles a responsabilização.

No Brasil, o Presidente da República possui respons abilidade política (artigos 85 e 86 da CR/1988 e artigos 2º, 31, 33,34 da Lei 1.079/1950), a qual é processada pelo instituto do *impeachment* e julgada por um Tribunal Político formado pelos membros do Senado Federal, presididos pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (artigos 86, *caput* e 52, parágrafo único da CR/1988), após aceitação da denúncia pela Câmara dos Deputados, qu e exerce, então, o juízo de admissibilidade, pelo voto de dois terços de seus membros (artigo 86 da CR/1988).

Desta forma, o Legislativo assume uma função jurisdicional que permite controlar politicamente o Executivo.

Quanto à origem e à história deste instrumento de controle político, Monica Herman Caggiano (2004, p. 37 e 39) esclarece que:

> A história identifica o primeiro impeachment no século XIV, sob Eduardo III da Inglaterra, sendo desenhado o instituto visando tornar responsáveis as autoridades da Coroa, principalmente os Ministros, porquanto ao Monarca não se podia responsabilizar por seus atos. O

> seu e scopo, pois, já importava na responsabilização das autoridades indignas, retirando-lhes o poder. No século XIX, no entanto, com o advento da figura da responsabilidade política que ensejava o afastamento do Primeiro-Ministro e de seu Gabinete mediante mero voto de desconfiança, o impeachment perdeu território, ingressando em fase de decadência. Ressurge, no entanto, na qualidade de instrumento de controle governamental nos domínios norte-americanos, acoplado ao sistema presidencial de governo, no qual a Constituição o prevê de forma expressa (Seção III do art. 1º).
> Em ambiente brasileiro, o impeachment chegou por inspiração explícita do modelo norte-americano e marcou presença no espaço constitucional desde a primeira das Constituições republicanas (1891). Apresentou-se, porém, como instrumento de reduzida utilização a ponto de ser entendido como "mecanismo de museu" [...]
> No Brasil [...] em 1893, houve uma denúncia – entendida como improcedente – do deputado J.J. Seabra contra o Marechal Floriano Peixoto, Vice-Presidente no exercício da Presidência; em 1901, outra denúncia, desta vez do Contra-almirante Custódio de Melo contra o Presidente Campos Sales, não tendo sido recebida; e m 1902 o Deputado Fausto Cardoso apresenta nova denúncia contra Campo s Sales e, por mais esta vez, não foi a denúncia aprovada pela Câmara d os Deputados; em 1912, Coelho Lisboa, ex-Senador apresenta denúncia contra Hermes da Fonseca, denúncia considerada inapta a ensejar deli beração; em 1993, o impeachment contra o Presidente Fernando Collor de Mello, que, mesmo tendo renunciado antes do pronunciamento do Senado, acabou sofrendo condenação quanto às penas acessórias.

A responsabilidade política do Presidente da República brasileiro existe porque a Constituição previu os atos dele que importarão crime de responsabilidade:

> Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
> I - a existência da União;
> II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
> III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
> IV - a segurança interna do País;
> V - a probidade na administração;
> VI - a lei orçamentária;
> VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.
> Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

E nota-se no elenco de hipóteses, que há mais possibilidade de responsabilização política do Presidente no desempenho da Chefia de Governo do que na Chefia de Estado (inciso I e talvez o IV), pois a maior parte dos casos é de funções que ele desempenha na gestão interna do Estado e não no relacionamento internacional. Assim, a Chefia de Estado brasileira torna-se pouco responsável em

comparação com a de Governo, o que se justifica pelo maior número de atividades realizadas no desempenho desta última.

Além disto, é certo que, embora mencionando determinadas hipóteses expressamente, a Constituição não exauriu todas as possibilidades de crimes de responsabilidade que podem ser cometidos pelo Presidente da República, porque os previu de forma muito ampla, deixando aberta à legislação ordinária a possibilidade de tipificação dos crimes com maior detalhamento, o que pode levar ao surgimento de novos tipos, não imaginados ou punidos na época da promulgação da Constituição.

No tocante ao processo do *impeachment*, quando é confirmado o descumprimento da Constituição e a necessidade de responsabilização do Presidente, sendo, portanto, procedente a denúncia, são aplicadas duas sanções cumulativas, que são a perda do cargo e a inabilitação para exercício de cargos públicos por oito anos, conforme apregoa o artigo 5 2, parágrafo único da Constituição. As duas sanções apenas não serão aplicadas em conjunto como resultado da condenação, caso o Presidente tenha deixado, por qualquer motivo, o cargo, antes da execução das mesmas, pois restará impossível a aplicação da sanção de perda do cargo.

Já a responsabilidade penal é tratada de maneira ma is branda, sendo o Presidente brasileiro relativamente irresponsável, vez que a Constituição autoriza apenas o processo e julgamento das infrações penais cometidas durante o exercício do mandato e com abuso das funções presidenciais (artigo 86, § 4º), julgamento este que será feito pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 86, *caput*). Todos os atos que sejam estranhos à função, bem como anteriores ao início do mandato, não podem, portanto, ser processados até o fim do mandato.

E, mesmo os atos que não tenham sua responsabilização afastada pela regra da irresponsabilidade penal relativa, não podem ser processados de imediato, necessitando, antes, da autorização da Câmara dos Deputados, que exerce o juízo de admissibilidade político, declarando procedente ou não a acusação, pelo voto de dois terços de seus membros (artigo 86, *caput*).

Logicamente, esta declaração de procedência não interfere no julgamento dado ao mérito da questão, servindo apenas para autorizar ou não, conforme a

conveniência política, o julgamento do Presidente enquanto ocupante do cargo, haja vista que seu acionamento judicial pode não ser interessante, e certamente não o será, para o país, sua economia e seus relacionamentos internacionais.

Da mesma forma, a improcedência da acusação, impedindo o seu julgamento durante o mandato do Presidente, não impedirá seu regular processamento após o fim do mesmo, nem permitirá que corra o prazo de prescrição da pretensão punitiva, vez que, se isto fosse possível, não se estaria diante de uma irresponsabilidade penal relativa, mas sim absoluta.

Em ambas as responsabilizações, política e penal, o Presidente da República será suspenso de suas funções durante o trâmite dos processos, conforme apregoa o artigo 86, § 1º da Constituição. Nos dois casos, isto sempre ocorrerá quando o processo tiver início na instituição responsável por seu julgamento, isto é, no Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de infrações penais e no Senado Federal quando se tratar de crimes de responsabilidade, sendo que, caso o julgamento não seja concluído em 180 di as, cessará o afastamento do Presidente, sem paralisar, no entanto, o andamento do processo.

Conclusão

Nota-se que, embora haja responsabilização política do Presidente da República, exercida por meio do seu julgamento pelo Senado Federal nos casos de *impeachment*, e também por meio das eleições, como defendido por Loewenstein, não há a responsabilidade política existente nos sistemas parlamentaristas de governo, na medida em que, embora o sistema brasileiro assemelhe-se a um parlamentarismo do ponto de vista organizacional, caracterizado como um presidencialismo de coalizão, não se parece com o sistema parlamentar do ponto de vista da responsabilidade política atribuída ao chefe do Executivo, pois não há voto de censura do Parlamento, muito embora a Câmara dos Deputados necessite realizar o juízo de admissibilidade das denúncias a presentadas contra o Presidente da República, por meio do qual ela indiretamente em ite sua opinião sobre os atos dele, nem ameaça ao cargo pela edição de Medidas Provisórias indevidas, como prevê a Constituição italiana, por exemplo.

Embora torne a responsabilização política um tanto branda, a inexistência

destes instrumentos justifica-se pela origem do poder presidencial, que, por força das eleições diretas, deriva diretamente do povo, razão pela qual somente este o pode cassar, cabendo ao Legislativo apenas julgar eventual processo de *impeachment* iniciado, mas nunca iniciá-lo como instituição ou tomar outras medidas que coloquem em risco um mandato que não foi concedido por ele.

Além disto, como visto, as possibilidades de responsabilização política do Presidente, por meio da condenação por crimes de responsabilidade, são um tanto remotas, não pela inocorrência das hipóteses, que abarcam mais as atividades de Chefia de Governo do que de Estado, mas pela dificuldade e pouca propensão à ocorrência do procedimento responsabilizador, que depende da aprovação e julgamento por parte do Legislativo, que, no Brasil, alia-se ao Executivo para formar a sua coalizão e garantir, além da manutenção de cargos e a governabilidade, também os resultados positivos para ambos nas próximas eleições.

Tudo isto faz com que o Presidente da República brasileiro, que já possui muitos poderes, inclusive vastas atribuições legislativas, seja também grandemente blindado, o que pode dificultar o desempenho de um mandato satisfatório, na medida em que as sanções e as ameaças ao cargo são muito distantes, promovendo pouca ou nenhuma pressão sobre ele, sobretudo para forçá-lo a obedecer os limites impostos e orientar adequadamente suas políticas.

Referências

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **Separação de poderes e medidas provisórias.** Rio de Janeiro: Elsevier: Faculdade de Direito da FGV, 2012.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados: Revista de Ciências Sociais**. v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34.

ALEXY, Robert [trad. Virgílio Afonso da Silva]. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo legislativo e orçamento público:** função de controle do Parlamento. São Paulo: Saraiv a, 2012.

BEÇAK, Rubens. **A Hipertrofia do Executivo Brasileiro:** O Impacto da Constituição de 1988. São Paulo: Faculdade de Direito da Univers idade de São Paulo, 2007. (publicação própria)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 27931** . Órgão Julgador: Relator. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília (DF), 27 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2667594>. Acesso em: 18 out. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral.** Barueri: Manole, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** . 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A ‘questão política’ nas medidas provisórias. **Cidadania e Justiça** , Rio de Janeiro, ano 5, n. 10, 1. sem. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **A democracia possível.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Editora FGV, 2001.

HAMILTON, Alexander, Apud WEFFORT, Francisco C. (Org.) **Os clássicos da política.** 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, v. 1.

KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O executivo legislador:** o caso brasileiro. Coimbra: Coimbra, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A separação de poderes no Brasil.** Brasília: Programa Nacional de Desburocratização – PrND, Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985. (Curso Modelo Político Brasileiro – v. IV).

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires , BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Presidencialismo**. São Paulo: Atlas, 2004.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Medidas Provisórias:** o executivo que legisla: evolução histórica no constitucionalismo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. **Revista Lua Nova** (on line), São Paulo, 67, 2006. p. 15-47. Disponív el em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>. Acesso em 13.06.2011.

SALDANHA, Nelson. **Separação de poderes.** 2. ed. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1983. (Curso O poder legislativo, 2).

SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Da Representação Política.** (Dissertação apresentada para concurso à livre-docência de Teori a Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo, 1971. snt.

TSEBELIS, George. **Processo decisório em sistemas políticos:** *veto players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_06.htm>. Acesso em 26 abr. 2011.

CAPÍTULO 6

CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA: A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS INTERVENÇÕES JURISDICIONAIS DESTRUTIVAS

Rafael Dilly Patrus[108]
DOI 10.1111/9788565604208.06

RESUMO: O presente trabalho examina o modelo brasileiro de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade à luz das teorias contemporâneas de justificação da revisão judicial no marco do Estado democrático de Direito. A partir da ideia de que a jurisdição constitucional deve se prestar como instituição responsável pelo alargamento do debate constitucional, mediante a desaceleração da política majoritária com a introdução de argumentos morais na agenda de discussão pública, processo a que se dá o nome de interlocução institucional, o artigo questiona a tendência de intervenção do Supremo Tribunal Federal na pauta política do Congresso Nacional. Ao interromper a deliberação no seio do Legislativo, mediante avaliação do conteúdo da matéria discutida, o Tribunal transgrede os limites funcionais impostos pelo esquema montado pela Constituição de 1988, ferindo o projeto de alargamento democrático do espaço público de debate político.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade. Democracia deliberativa. Interlocução interinstitucional.

ABSTRACT: This article examines the contemporary theories of justification of judicial review in the framework of the democratic rule of law. Premised on the idea that the constitutional jurisdiction should act as an institution responsible for extending the constitutional debate, decelerating the political mainstream with the introduction of moral arguments on the agenda of public discussion, the study undertakes a critical examination of the technique of preventive judicial review of the power to amend the Constitution. By interrupting the exercise of this power in Congress, through and evaluation of the content of the issues discussed, the Supreme Court violates the limits imposed by the functional scheme set up by the Constitution, hurting the project of widening the democratic public space and the political debate.

KEYWORDS: Brazilian Federal Supreme Court. Preventive judicial review. Deliberative democracy. Interinstitutional interlocution.

---

[108] Bacharel e mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Prêmio Barão do Rio Branco (melhor aluno das turmas concluintes 2012/2) e Prêmio Raphael Magalhães e Cândido Naves (melhor aluno de Direito Processual Civil). Estagiário-docente, bolsista do CNPq, vinculado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

Introdução

Se considerarmos que o modelo de fiscalização judicial da compatibilidade das leis com a Constituição consiste em ponto dos mais nefrálgicos para a compreensão da dinâmica organizacional da separação dos poderes e do regime democrático em determinada comunidade política (Hübner Mendes, 2011, p. 21-30), não seria difícil afirmar que o espaço da experiência brasileira de reinvenção da Constituição de 1988 pela jurisdição constitucional representa o laboratório mais equipado para a leitura dos vinte e cinco anos das influências jurídicas, dos atores políticos e do contexto sociológico no marco da vivência constitucional brasileira.

O sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade das leis é rico em técnicas, métodos e vias de acesso à jurisdição constitucional, mormente a concentrada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Nessa conjuntura, fenômenos usualmente categorizados como ativismo judicial e judicialização da política tomam corpo e ganham destaque especial. O debate relativo à legitimidade da intervenção jurisdicional no seio dos fóruns políticos majoritários, embora tímido diante de um quadro acadêmico e prático mais generalizado, tem merecido reflexões cada vez mais percucientes dos operadores e pensadores do Direito Constitucional no Brasil.

Lastreado nas conclusões elaborados por alguns dos principais teóricos da revisão judicial do produto das atividades políticas, em especial a legislativa, o presente estudo pretende examinar o arquétipo brasileiro de controle preventivo de constitucionalidade, supostamente destinado à tutela da regularidade do devido processo legislativo, em atenção às balizas e às exigências plasmadas na

Constituição da República. Com apoio nas elocuções de autores estrangeiros (Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Jeremy Dworkin) e de pensadores pátrios (Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Conrado Hübner Mendes), busca-se reconstruir a memória e o projeto de um sistema de fiscalização prévia da adequabilidade e da higidez do processamento de projetos de lei e propostas de emenda à Constituição, à luz da tensão entre a soberania popular e o cabedal rígido de proteção dos direitos fundamentais.

Com o desenvolvimento da ideia de que a jurisdição constitucional, no marco do Estado democrático de Direito, deve se prestar como instituição responsável pelo alargamento do debate constitucional, mediante a desaceleração da política

majoritária com a introdução de argumentos morais na agenda de discussão pública, processo a que se dá o nome de interlocução institucional, o artigo questiona a tendência de intervenção do Supremo Tribunal Federal na pauta política do Congresso Nacional. Ao interromper a deliberação no seio do Legislativo, mediante avaliação do conteúdo da matéria discutida, o Tribunal transgrede os limites funcionais impostos pelo esquema montado pela Constituição de 1988, ferindo o projeto de alargamento democrático do espaço público de debate político.

2 A jurisdição constitucional no marco do paradigma discursivo de Estado democrático de Direito

Nos sistemas que adotam o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, é comum a inferência de que os conflitos de cunho constitucional não se resolvem por deliberação da maioria, mas pela palavra institucional exarada pelo Judiciário. Para os países que, em diferentes graus e medidas, filiam-se à fiscalização concentrada da compatibilidade dos atos normativos com a Constituição, a tarefa é comumente apontada como sendo de incumbência do tribunal constitucional, cujas decisões não se submetem a qualquer controle posterior, ainda que democrático.[109]

Face à descrição formulada, é inevitável o questionamento quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional no marco do Estado democrático de Direito. As respostas para tal indagação são muitas e das mais variadas. Neste primeiro tópico, daremos ênfase à perspectiva habermasiana de Direito e democracia e às considerações feitas por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, quem, partindo da visão proposta por Habermas, desenvolve uma defesa sofisticada da compreensão constitucionalmente adequada da jurisdição constitucional, isto é, do exercício constitucionalmente adequado do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Para compreender as elocuções que pretendemos expor, é preciso retornar à análise da tensão – apenas aparente, vale adiantar[110] – existente entre o

[109] Foi diante de tal conjuntura que Rui Barbosa deu à corte constitucional a alcunha de "juíza de sua própria autoridade"
3 [110] Cumpre observar desde logo que a referida dicotomia, assim como outras clássicas (público e privado, igualdade e liberdade, republicanismo e liberalismo), apenas aparentam um certo grau de

constitucionalismo e a democracia. Nesse contexto, a fim de sustentar a tese de que "não há Estado de Direito sem democracia" (Habermas, 1997, p. 61) e vice-versa, há de se remontar à problemática da legitimidade do próprio Direito no paradigma constitucional contemporâneo do Estado democrático de Direito.[111]

Sabe-se que, a despeito de carecer de definição canônica, o constitucionalismo contemporâneo faz menção a um método próprio de exercício do poder, calcado, em linhas gerais, na exigência do governo limitado e da proteção dos direitos fundamentais. Esse quadro, a princípio, encontra resistência no esquema de manifestações políticas das vontades populares, porquanto o limita em sua essência.[112] O que se percebe, assim, é que a própria concepção do Estado democrático de Direito refere-se à síntese de duas noções aparentemente antagônicas: a democracia, edificada sobre a fundação da soberania do povo e a vontade da maioria, e a exigência constitucional da juridicização do poder e do respeito a um cabedal de direitos (Binenbojm, 2010, p. 47-48).

Uma das mais interessantes e pertinentes metáforas já concebidas para a descrição da relação entre a democracia e o constitucionalismo foi apresentada pelo pensador sueco Jon Elster.[113] Em sua exposição, o autor faz menção ao livro XII da Odisséia de Homero, em que Ulisses, diante da advertência de Cirnê, ordena que o atem ao mastro de seu barco, amarrando seus braços e suas pernas, para que permaneça preso ao longo da passagem pelo largo dos rochedos e não sucumba ao canto cruel e sedutor das sereias. Elster conclui, a partir do relato, que com o povo – entendido aqui como instância plural de legitimidade – ocorre a mesma coisa: só amarrada a um esquema rígido de limitação do poder estatal e de afirmação dos direitos fundamentais é que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição

---

antagonismo, uma vez que, na verdade, "seus polos, embora efetivamente sejam opostos um ao outro, são também, a um só tempo, constitutivos um do outro, de tal sorte que instauram uma rica, produtiva e permanente tensão" (trecho da apresentação de Menelick de Carvalho Netto ao ensaio *A Identidade do Sujeito Constitucional*, de Michel Rosenfeld).

[111] Como já explicitado, tal debate encontra em Jürgen Habermas seu mais profícuo e destacado expoente. A tese de que o Estado de Direito não se sustenta sem democracia radical foi detalhada pelo autor alemão no capítulo dez da obra *A inclusão do outro* (2002), mas já havia sido introduzida em *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (1997). Para uma análise completa e precisa das ideias de Habermas a esse respeito, *cfr*. em Cattoni de Oliveira (2012, p. 58-86

[112] Há de se ressaltar que a percepção da tensão existente entre os poderes constituídos e a esfera pública e a sua problematização no campo político-institucional constituem desafios revestidos de grande atualidade. E, diferentemente do que se pode imaginar inicialmente, não se trata de um embate puramente teórico-construtivo (Palombella, 2000, p. 5)

[113] Construção metafórica exposta na obra *Ulysses and the Sirens* (1979).

consegue resistir à tentação das sereias nas passagens mais turbulentas da viagem pelo mar. Como a dita autolimitação deriva da própria vontade popular, de seu interesse primeiro e maior, sua efetivação representa o mais puro exercício de autodeterminação.

Para Habermas, o Direito moderno, que é positivo e, por conseguinte, histórico, contingente, mutável e coercitivo (2002, p. 286), exige, em sua gênese, um princípio de legitimação distinto daquele presente na pré-modernidade, de forma a garantir a liberdade e a autonomia de todos os sujeitos de direito. Nesse contexto, os paradigmas liberal burguês e social de Estado e Constituição não apresentaram respostas satisfatórias ao problema do vazio de legitimação do poder e do ordenamento jurídico. É só com base em uma relação conceitual interna entre Direito e democracia que se preenche de forma suficiente o buraco da modernidade. Nessa perspectiva, o fundamento de legitimidade da ordem jurídica reside em uma Constituição que consiga mediar e ao mesmo tempo garantir, de forma equânime, a preservação da autonomia pública (agentes como autores do Direito) e da autonomia privada (agentes como destinatários do Direito).[114]

Conforme essa tese, o procedimento democrático encontra limites deliberativos em suas próprias condições de existência. Habermas pressupõe, assim, uma justificação procedimental dos direitos fundamentais, passando a concebê-los como pressupostos viabilizadores da autonomia política dos indivíduos ou, melhor dizendo, da participação dos cidadãos na formação do consenso democrático (Habermas, 1997, cap. III e IV). Como consequência automática dessa perspectiva, a doutrina apresenta a conclusão de que a intervenção do controle jurisdicional de constitucionalidade não se limita à guarda de direitos fundamentais contra as maiorias legislativas sazonais, mas se erige, simultaneamente, à preservação da própria democracia.

Em trabalhos profundos sobre o tema,[115] Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira adota postura filosófica em contraposição às que margeavam as perspectivas liberal

---

[114] Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira trabalha a ideia, com arrimo na teoria de Habermas, de que o processo legislativo democrático deve ser suficiente para atender tal exigência. Nesse interim, afirma que "na própria validade jurídica, a facticidade da imposição do Direito por via estatal entrelaça-se com a força legitimadora de um processo legislativo que pretende ser racional, justamente, por fundamentar a liberdade" (2012, p. 61).

[115] Merecem destaque as obras *Devido processo legislativo* (2000) e *Devido processo constitucional* (2001)

e republicana da jurisdição constitucional. Recusando o receio liberal com relação à política, mas ao mesmo tempo descartando o fundamento republicano ético homogêneo para a democracia, o autor propõe uma visão discursiva e procedimental da jurisdição, a qual, segundo ele, é capaz ao mesmo tempo de encarar o pluralismo axiológico e cultural como questão indispensável no seio das sociedades contemporâneas e preservar a dimensão dialógica da política deliberativa (2012, p. 206). A teoria discursiva da democracia e do Direito, nesses termos, ultrapassa tanto a ideia reducionista da política como mera luta de interesses quanto a sua sustentação como autorrealização ética.

> Ela entende que a política se baseia em razões de diferentes espectros, éticos, morais e pragmáticos, em que o peso dessas razões se dissolve procedimentalmente e não a partir da imagem de um corpo efetivamente unido de cidadãos, como quer o republicanismo, ou de um sistema político encarado à luz da economia de mercado, como quer o liberalismo (Cattoni de Oliveira, 2012, p. 206).

A participação dos cidadãos na construção da vida em comunidade é, portanto, discursiva, preservando-se a partir da garantia de permeabilidade do sistema político à opinião pública livre. A jurisdição constitucional, nesse contexto, não pode se apresentar como guardiã republicana de pretensos valores éticos homogêneos, uma vez que, na edificação da democracia, embora continue atuando ofensivamente, deve se resguardar à tutela jurídica de direitos constitucionais garantidores de um processo público democrático.

Cattoni de Oliveira defende então que a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, deve garantir o devido processo legislativo, o devido processo constitucional e os direitos fundamentais, “no sentido de que constitucionalismo e democracia não são concorrentes, mas faces de uma mesma moeda” (2012, p. 207). Os direitos necessários à afirmação da autonomia privada dos indivíduos constituem pressupostos para a institucionalização de um processo público de debate entre iguais, realizador da pretensão jurídica de acordo com a qual os destinatários das normas são seus próprios autores.

A despeito da clareza dessa defesa, incontestável sob o ponto de vista da teoria da justiça democrática, não se aborda a perspectiva a partir da qual a última palavra institucional, em um Estado democrático de Direito, deve pertencer ao Poder

Judiciário. Não se pode negar, porém, que se trata de ponderações da maior relevância, porquanto colocam em destaque o papel da jurisdição constitucional na garantia do debate público amplo e igualitário. Um exame cuidadoso da obra de Habermas e das considerações posteriormente feitas por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira podem inclusive levar à conclusão de que a justificação tradicional da jurisdição em matéria constitucional não mais se sustenta pela via da promessa de efetivação de direitos, em evidente desconfiança com relação a um legislador supostamente despreocupado com os limites impostos pela Constituição. Avançando na abordagem das teorias relativas à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, expomos, no tópico seguinte, a discussão travada entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

3 Controle de constitucionalidade e democracia: o debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron[116]

3.1 Dworkin e a revisão judicial em uma comunidade de princípios

Segundo Ronald Dworkin, aos juízes cumpre o dever institucional de anular as decisões políticas majoritárias que se afigurem em dissonância com a comunidade de princípios inerente à ordem constitucional. Em sua longa reflexão a respeito da relação entre revisão judicial e democracia,[117] o renomado jurista estadunidense trabalha com uma profusão de conceitos e construções teóricas, com o intuito de demonstrar, a partir de sua leitura moral da Constituição, que o *judicial review* consiste em instrumento indispensável para a adequação dos atos políticos às exigências impostas pelo direito como integridade.

Ao ator-juiz cabe a responsabilidade de motivar suas decisões a partir de uma dimensão argumentativa calcada na moralidade imanente aos direitos fundamentais. Esta responsabilidade se traduz no dever judicial de encontrar a melhor resposta possível à luz de uma interpretação construtiva da história, da tradição, dos

---

[116] As exposições deste tópico partem também da análise feita por Conrado Hübner Mendes às obras de Dworkin e Waldron, em *Controle de constitucionalidade e democracia* (2008).
[117] Os textos dworkinianos que desenvolvem o conceito de democracia comunal e sua relação com a revisão judicial são inúmeros. É possível, contudo, mencionar os mais destacados: “Equality, democracy and constitution: we the people in court” (1990), *The sovereign virtue* (2000), *Taking rights seriously* (1978), *Law’s Empire* (1986), *Freedom’s Law: a moral reading of the American Constitution* (1996) e *A bill of rights for Britain* (1990)

precedentes e da moralidade política.[118] A metáfora do romance em cadeia ilustra o ideal político de um Direito como o substrato interpretativo de um processo de aprendizado social subjacente à história formada a partir das práticas institucionais compreendidas interpretativa e argumentativamente, no marco de uma comunidade governada por princípios.[119]

Quanto ao debate relativo à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis no marco do Estado democrático de Direito, afigura-se central, para a compreensão do posicionamento de Dworkin, a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio. Um argumento de política consubstancia a justificativa de determinada decisão política em função de algum objetivo coletivo, propriamente voltado para o bem-estar da comunidade. Já um argumento de princípio refere-se à justificativa de determinada decisão política a partir da demonstração de que ela protege moralmente um direito individual. A decisão legislativa pode exigir os dois tipos de justificação, ao passo que a decisão judicial deverá fundar-se necessariamente apenas em argumentos de princípio (Dworkin, 2002, p. 230). Isso importa em afirmar que o legislador detém o monopólio sobre os argumentos de política, encontrando-se o juiz vinculado aos argumentos de princípio.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o magistrado não transgride os limites de sua função constitucional simplesmente por ultrapassar alguma decisão política tomada pelo legislador, desde que fundamente seu posicionamento na comunidade de princípios, na exigência de integridade, justiça, moralidade política e igualdade que permeia toda a ordem do Direito feito pelos homens e para os homens. Isso porque a argumentação calcada em princípios deve triunfar sobre as decisões majoritárias, já que tem por base um direito moral. Para a sobrevivência da instituição majoritária e do espaço público de deliberação política, é imperioso que

[118] Para Dworkin, há apenas uma resposta correta para os casos concretos, e não apenas respostas diferentes. Esta tese não implica, porém, que qualquer juiz chegaria a uma mesma solução para o caso concreto. Trata-se, em verdade, de uma questão de postura ou atitude: ao julgador cumpre tomar um posicionamento interpretativo, autorreflexivo, crítico-construtivo e fraterno em face do Direito como integridade, compreendendo os direitos fundamentais como trunfos no curso da decisão política e no exercício da jurisdição. O Direito é um conceito interpretativo e, portanto, não pode se dissociar das convicções morais

[119] O Direito como integridade: o intérprete que elabora o capítulo do romance age em conformidade com os contornos já delineados nos capítulos anteriores, devendo manter a integridade da obra, mas, ao mesmo tempo, cria, na continuação do enredo, novos caminhos para a história. O criar é, ao mesmo tempo, filiar-se, sob o prisma da integridade, à história institucional e ao aprendizado social a ela inerente, e conformar a realidade que nos rodeia.

os direitos morais se mantenham intangíveis, inatacáveis e insubmissos à vontade da maioria. Levar os direitos a sério exige concebê-los como trunfos perante as decisões majoritárias.

Decisões de princípio não dependem do tipo de legitimação subjacente à decisão política majoritária, uma vez que não se baseiam no balanceamento de interesses contrapostos ou em critérios para a melhor distribuição de recursos no seio da comunidade, mas na consideração do indivíduo como sujeito moral. A legitimidade da prevalência do argumento de princípio sobre o argumento de política está no provimento substancial, no resultado arrimado na comunidade de princípios. Para Dworkin, há uma precondição moral para que a regra da maioria possa efetivamente operar:

> A Constituição americana, entendida como uma Constituição de princípios, provê uma melhor forma de governo que qualquer outra na qual Executivo e Legislativo sejam livres para omitir princípios de justiça e de decência. Uma Constituição de princípios reforçada por juízes independentes não é antidemocrática. Pelo contrário, uma precondição da democracia legítima é que se requeira ao governo que trate os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade. A menos que satisfaçam essas condições, não haverá democracia genuína, porque, então, a maioria não terá a prerrogativa moral legítima de governar (1994, p. 123) (tradução livre).

Os que se opõem à leitura dworkiniana da Constituição buscam aprisionar a deliberação judicial no interior de algum método que a transforme em um ato controlado. Dworkin rejeita a presunção de neutralidade do método, encarando o problema a partir de outra perspectiva: os tribunais, muito antes de acumularem qualquer prerrogativa, assumem o encargo – o dever institucional – de enfrentar as questões de moralidade política e isolar os direitos morais. A leitura moral, nesses termos, consiste na hipótese interpretativa essencialmente baseada na centralidade jurídico-constitucional da moralidade política. Na percepção do Direito como integridade, a decisão judicial deve tanto se sujeitar ao parâmetro da adequação, o qual implica encontrar a solução correta segundo a experiência constitucional, a história institucional do Direito e seus precedentes (Dworkin, 2001, p. 431), como ao parâmetro da justiça, no sentido de cumprir ao juiz optar pela resposta que melhor corresponda à proteção dos direitos fundamentais.

Vê-se, assim, que a leitura moral da Constituição, de acordo com uma abordagem interpretativa e criativa do Direito a partir do exame fático dos problemas

concretos, tem enormemente que ver com a materialidade da decisão (do rumo, da tomada de posição no mundo da vida) principiologicamente construída. Trata-se, portanto, de uma teoria sobre o que significa a Constituição, sobre como decidir as controvérsias constitucionais, e não exatamente sobre a instituição responsável pelo empreendimento da fiscalização da adequabilidade dos atos com a comunidade de princípios. "A democracia não exige que o juiz tenha a última palavra, mas também não diz o contrário" (Dworkin, 1996, p. 7). No domínio literal da leitura moral, é desimportante a autoridade política que a realize; o que importa é a resposta substantiva.

Na percepção de Dworkin, contudo, a história e as práticas institucionais demonstram que os juízes consubstanciam o veículo constitucional mais adequado para guardar e fazer valer a dimensão de princípio e o império do Direito no contexto político do mundo civilizado. O legislador também é responsável pela preservação da comunidade de princípios, mas o meio legislativo não seria o mais propício para a tomada de decisões de preferências insensíveis.[120]

> Juízes não conquistam legitimidade a partir de Deus ou de eleição ou da vontade dos governados ou de sua suposta habilidade pragmática ou razoabilidade. O único fundamento de sua legitimidade – o único fundamento – é a disciplina do argumento: seu compromisso institucional por fazer nada que não possam justificar por meio de argumentos que satisfaçam, ao mesmo tempo, duas condições básicas. A primeira é sinceridade. (...). A segunda é transparência (Dworkin, 2002, p. 54) (tradução livre).

Aos tribunais, precisamente pela condição da indispensabilidade do uso da argumentação principiológica (exigência de sinceridade e transparência), deve-se garantir posição de destaque na proteção dos direitos morais. Os juízes se encontram, nesse contexto, em melhores condições para decidir sobre os pressupostos materiais da democracia, sem os quais o processo majoritário não pode ocorrer. A revisão judicial é instrumento afirmativo da operabilidade da argumentação política, é instância decisória necessária para a garantia das

[120] Para Dworkin, há duas classes de decisões públicas: as de preferências sensíveis e as de preferências insensíveis. As questões sensíveis envolvem fundamentalmente controvérsias acerca da distribuição de recursos para a realização de benfeitorias voltadas para o bem- estar social. Seria o exemplo da gestão de verbas públicas para a construção de um estádio ou de uma ferrovia. E também, de certa forma, a decisão a respeito da distribuição dos *royalties* do petróleo entre os Estados da federação no Brasil. As insensíveis envolvem um juízo moral: se a proibição do aborto de anencéfalos viola a dignidade e a liberdade das mulheres, se a publicação de manifestação antissemita é assegurada pela liberdade de expressão, entre outras.

precondições de funcionamento dos fóruns majoritários. De acordo com Dworkin, as críticas ao *judicial review* partem de uma concepção pobre de democracia, a qual não leva em conta a imposição de que todos os interlocutores do debate público sejam tratados com igual consideração e respeito.[121]

> Se todo poder político fosse transferido a juízes, a democracia e a igualdade de poder político seriam destruídas. Mas estamos considerando apenas uma classe pequena e especial de decisões políticas. Não é fácil examinar quanto os cidadãos perdem quando essas decisões são delegadas aos tribunais. Mas parece plausível que – seja lá como o poder político for medido – alguns cidadãos ganham mais do que perdem. (...). Não há qualquer razão para pensar que a transferência de decisões sobre direitos para os tribunais retardará o ideal democrático de igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal (Dworkin, 1985, p. 27-28) (tradução livre).

O fórum de princípios, em que "não se pensa no povo como conjunto de eleitores, uma soma artificial de partes independentes, mas como um ente supraindividual, um sujeito autônomo e orgânico, cujas partes estão filiadas moralmente" (Hübner Mendes, 2008, p. 75), consiste em uma instância comprometida com a integridade e a justeza e, portanto, cobrada por isso. Mesmo quando cometem erros,[122] os juízes e tribunais ainda assim contribuem para o aperfeiçoamento e o fortalecimento do regime democrático, sempre que explicitamente alçam a discussão para o plano dos princípios e, projetando-se no combate político cotidiano, protegem a coerência, os direitos fundamentais e a moralidade política pela disciplina do argumento.

---

[121] Dworkin não ignora que toda decisão democrática decorre de uma ação coletiva. Segundo ele, todavia, há dois tipos de ação coletiva: a estatística e a comunal. A ação estatística é aquela correspondente à soma de ações individuais independentes (como no caso das oscilações do mercado financeiro) . A ação comunal, por sua vez, consiste na combinação de ações interconectadas que produzem um resultado desejado e construído por todos. Para tanto, os indivíduos devem assumir-se como um grupo (como em uma orquestra). Dworkin evidencia, a partir dessa distinção, a fragilidade da defesa de uma democracia meramente estatística (1990, p. 325-326 e 1996, p. 20). Outrossim, é da afirmação do Judiciário como instância de ação comunal que deriva a legitimidade do *judicial review* no marco do Estado democrático de Direito.

[122] "Se a decisão da Corte é correta, a decisão não é antidemocrática, mas, ao contrário, aperfeiçoa a democracia. (...). Nenhum custo moral foi pago, porque ninguém, individual ou coletivamente, fica pior em qualquer das dimensões. Se a Corte não houvesse intervindo, todos ficariam em pior situação, consideradas todas as dimensões da democracia. É claro, se assumimos que a decisão da Corte foi errada, então nada disso é verdade. Certamente, prejudica-se a democracia quando a Corte produz uma decisão errada sobre o que as condições democráticas exigem – mas não mais quando uma legislatura majoritária toma a decisão errada. A possibilidade do erro é simétrica" (Dworkin, 1996, p. 32).

3.2 Waldron e a legitimidade do legislador em conjunturas de desacordo moral

Jeremy Waldron inicia sua obra *Law and disagreement* com a concisa e eloquente afirmação de que "há muitos de nós, e discordamos sobre justiça". Segundo o jurista neozelandês, diante dos desacordos inevitáveis, é preciso instituir instâncias políticas encarregadas de solucioná-los, de apresentar uma decisão final que seja respeitada, ainda que o desentendimento persista.

Nos dois livros dedicados ao tema,[123] Waldron externaliza a preocupação de elevar a legislatura à centralidade da reflexão filosófica sobre o Direito. Todo o seu raciocínio é construído a partir da ideia de que o desacordo moral é próprio da essência da política contemporânea, não consistindo apenas em um entrave sanável por meio de alguma deliberação racional qualificada.

> (...) dada a inevitabilidade do desacordo (...), uma teoria da justiça e dos direitos deve ser complementada por uma teoria da autoridade. Uma vez que pessoas discordam sobre o que a justiça requer e quais direitos temos, precisamos perguntar: quem deve ter poder para tomar decisões (...)? Saber o que conta como uma boa decisão é uma questão que não desaparece no momento em que respondemos à questão "quem decide?". Pelo contrário, a função de uma teoria da justiça e dos direitos é aconselhar seja lá quem for identificado (pela teoria da autoridade) como a pessoa para tomar a decisão (Waldron, 1993, p. 32) (tradução livre).

Partindo dessas constatações, o autor desenvolve uma profunda e instigante teoria que busca reavivar a dignidade da legislação, dando maior realce ao significado moral da regra da maioria, e desconstruir as justificativas filosóficas da revisão judicial. Sua concepção de democracia pressupõe o entendimento do Direito como propriedade de um povo livre e do Estado como instrumento a serviço do autogoverno. Para ele, a tradição da filosofia e da ciência políticas, da teoria constitucional e da dogmática jurídica é de marginalização da atividade legislativa. A partir de uma visão suja, preconceituosa e subestimadora da legislação, predominante entre os pensadores do Direito constitucional na maior parte do século XX, edificou-se a noção de que o controle judicial de constitucionalidade das leis constitui o único mecanismo capaz de retificar os desacertos parlamentares e recolocar os poderes públicos no caminho em direção à comunidade de princípios. É

[123] As obras são *Law and disagreement* (1999) e *The dignity of legislation* (1999)

exatamente em face dessa forma de pensar – desse desconforto com a democracia, chamado por Waldron de o “pequeno segredo sujo” da teoria contemporânea do Direito (1999a, p. 8) – que se posiciona a defesa da legitimidade do legislador nas circunstâncias de desacordo moral.

Para Waldron, uma teoria normativa precisa aspirar a um estado social no qual as pessoas votem e se posicionem a partir de visões imparciais. Para que a ordem jurídica imponha legitimamente sua autoridade, é indispensável assumir que os participantes do processo decisório atuam de boa-fé na definição dos rumos a serem tomados pelo corpo supraindividual. Nesse sentido, a recorrente confusão entre o direito das minorias e a opinião destas minorias sobre o seu direito é equivocada; não se pode supor teoricamente que as minorias têm seu direito violado simplesmente por afirmarem com convicção sua posição de dissidência. O discurso da tirania da maioria concebe as questões sobre direitos morais como de fácil solução. Todavia, são precisamente as controvérsias mais complexas e incertas aquelas que envolvem a delimitação da moralidade política na interpretação e criação do Direito.

No acertamento dos conflitos morais que emanam do seio social, os juízes discordam entre si quase sempre pelas mesmas linhas que os cidadãos e seus representantes. Além disso, tomam suas decisões também com base na regra da maioria: é a maioria dos membros do tribunal que prevalece na construção do provimento jurisdicional. Por que motivo, então, a resposta política às indagações que florescem da realidade sociopolítica deve advir, em última instância, das cortes e não do Parlamento?

> Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos temos ou sobre o que estes direitos impõem, parece quase um insulto dizer que isto não é algo que se lhes permite resolver por meio de procedimento majoritário, mas que deve ser atribuído para determinação final a um pequeno grupo de juízes (Waldron, 1999a, p. 15) (tradução livre).

Segundo Waldron, o desacordo em matéria de princípio é a tônica da arena política. Por isso, excluir a participação popular da deliberação definitiva a respeito dos desentendimentos morais é o mesmo que trair o espírito da democracia e do sufrágio universal. A concepção dos indivíduos como cidadãos morais autônomos e capazes de promover um debate responsável e elaborar uma decisão política

imparcial e justa importa na rejeição de toda e qualquer defesa possível dos instrumentos decisórios antimajoritários.

O que está por trás da justificação da revisão judicial é a impressão de que o legislador não detém a respeitabilidade, a confiança e a capacidade intelectual necessárias para a legitimação da sua posição moral como a efetivamente válida no contexto social. Waldron se diz perplexo ante a verificação de que ninguém até então pareceu ter se atentado para a necessidade de uma teoria que dignificasse o papel do parlamentar como um super-homem encarregado de dirimir as mazelas da sociedade, nos moldes da metáfora do juiz Hércules desenvolvida por Dworkin (1999b, p. 2). Pelo contrário, toda a tradição doutrinária constitucional é no sentido da afirmação das cortes como o melhor espaço para a conformação dos atos infraconstitucionais à comunidade de princípios. Waldron denuncia a prevalência judicial como traidora do pensamento democrático, já que se escora na desconfiança com relação ao povo e a seus representantes: o senso comum e a ciência jurídica estão permeados por "uma imagem que apresenta a atividade legislativa ordinária como um ato de negócios, uma troca de favores, uma negociação de interesses particulares – como qualquer coisa, de fato, exceto uma decisão política lastreada em princípio" (1999b, p. 2).

Em um regime que se pretenda democrático, é do legislador a verdadeira legitimidade para a tomada de uma posição moral no mundo da vida, para a definição de um rumo diante das encruzilhadas políticas da realidade multifacetada. O processo legislativo deve representar o interregno institucional no qual

> os representantes de uma comunidade se juntam e estabelecem solene e expressamente medidas que podem aparecer em nome de todos eles, e fazem isso de uma maneira que abertamente reconhece e respeita (em vez de encobrir) as inevitáveis diferenças de opinião e de princípio entre eles. Essa é a maneira de entender a legislação que Waldron cultiva. Se agarrássemos essa como nossa imagem da legislação, isso faria uma saudável diferença sobre o nosso conceito de direito (Hübner Mendes, 2008, p. 87).

Essa visão do procedimento parlamentar deixa em evidência que a regra da maioria arrima-se em uma abordagem orientada pela legitimidade, sendo inegável que a operação do consentimento exige o reconhecimento do *status* de cada cidadão como igual. A perspectiva teórica da justiça, nesse ínterim, está na exigência primeva da igualdade política, já que a participação (ou a posse de uma

parcela de responsabilidade pela elaboração do Direito) consiste no direito dos direitos. “As pessoas cujos direitos estão em jogo têm o direito de participar em termos igualitários da decisão” (Waldron, 1999a, p. 244).

A decisão majoritária, nessa ordem de ideias, seria legítima na medida em que cria, em atenção ao direito individual de consideração de todos como participantes morais, autônomos e capazes do processo decisório, um lócus deliberativo no qual a voz de cada cidadão, consubstanciada na representação, tem o mesmo peso. O consentimento e o sentimento de filiação moral que decorrem da sujeição à decisão majoritária é que sustentam o princípio da maioria: a despeito do conteúdo decisório, todos reconhecem como justo obedecer ao comando derivado de um procedimento que, tratando as pessoas como iguais e autônomas, resulta em uma deliberação majoritária. A métrica fundamental, nas situações de desacordo moral, é a métrica da equidade (*metric of fairness*).

A constitucionalização dos direitos restaria, assim, eivada de uma profunda contradição: “direitos são concebidos com base no conceito de autonomia individual, de pessoa moralmente responsável, enquanto a constitucionalização desconfia do indivíduo como ator político responsável” (Hübner Mendes, 2008, p. 110). Para Waldron, o direito à participação é precípuo a todos os outros, não se sujeitando a juízos de ponderação. Não se pode sustentar que, em determinada circunstância concreta, um direito qualquer deve prevalecer sobre o direito à participação. Isso porque surgirá sempre a indagação anterior, precedente à ponderação mesma, sobre como solucionar o desacordo existente a respeito do significado e da extensão daquele direito.

> A revisão judicial baseada em direitos é geralmente defendida apontando -se a possibilidade de que o procedimento democrático majoritário pode levar a resultados injustos ou tirânicos. E assim eles podem. Mas assim pode qualquer procedimento que procura solucionar o problema da escolha social em face do desacordo sobre o que é injustiça ou tirania (Waldron, 1999a, p. 247) (tradução livre).

Face ao desacordo moral, a opção institucional mais adequada, segundo o esquema lógico da democracia a partir do autorreconhecimento de uma comunidade de cidadãos iguais e autônomos, é o da decisão legislativa. O Parlamento seria o espaço mais propício para a veiculação da linguagem constitucional, longe da contaminação escolástica e verborrágica das fórmulas linguísticas que ganham vida própria na comunicação técnica de juristas e acabam, assim, perdendo a conexão

genuína com a profundidade concreta dos problemas morais. O mais importante, contudo, é perceber que a dissonância é da natureza do convívio político; a justiça na participação, portanto, impõe que a vontade da maioria – construída a partir de um debate pautado pela equidade política e voltado para posicionamentos imparciais e de boa-fé que se escorem em argumentos de princípio – prevaleça, ensejando entre as minorias dissidentes um sentimento de filiação moral. A teoria de Waldron defende uma comunidade política baseada na autonomia individual, em que todas as pessoas, partícipes do processo decisório moral, concordem, em atenção ao respeito dirigido às suas opiniões, em eventualmente submeter-se a uma ordem com cujo conteúdo não estariam inicialmente de acordo.

4 A jurisdição constitucional como contraponto à política majoritária no processo de interlocução interinstitucional

A partir da exposição crítica das perspectivas adotadas por Dworkin e Waldron, Conrado Hübner Mendes desenvolve reflexão instigante no sentido de rejeitar a justificação da jurisdição constitucional como o fórum exclusivo de princípios no Estado de Direito. Para o autor paulista, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, afigura-se inadequada e desastrosa a aposta de que os juízes estariam mais aptos que os legisladores para garantir os direitos protegidos pela Constituição. A proteção das liberdades fundamentais e da moralidade política só pode ser eficaz se compartilhada pela sociedade como um projeto do qual os cidadãos sintam a necessidade de participar. A confiança irrestrita e acrítica em uma única instituição consiste, nesse ínterim, em tendência antidemocrática.

A despeito do que possa parecer a princípio, a negação da forma tradicional de se conceber o controle jurisdicional de constitucionalidade não importou na defesa da supremacia da legislatura, "dedução equivocada que eventualmente se faz em face de objeções contra a revisão judicial" (Hübner Mendes, 2011, p. 23). O ataque à base justificadora da jurisdição constitucional não implica a refutação de sua própria existência; porém, com a desmistificação da atuação do Judiciário no marco do Estado democrático de Direito, o papel dos juízes na consagração e afirmação das balizas constitucionais em face do Legislativo submete-se a ampla e profunda revisão. Imaginar a Constituição a partir de um único centro de gravidade,

concebendo-a como propriedade hermenêutica de um só guardião autêntico e imanentemente legitimado, consiste em recusar a essência democrática do constitucionalismo.

Com base nesse empreendimento desconstrutivo, Conrado Hübner Mendes, aderindo a uma parcela dos argumentos de Waldron, lança mão de nova justificativa para o controle judicial de constitucionalidade.

> Olhando para a constituição como máquina procedimental que dilui as funções da soberania para que elas se controlem mutuamente, e não para que tenham missões substantivas, a revisão judicial pode receber explicação mais convincente. Se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas. Enrique, assim, a interlocução institucional com novos argumentos (Hübner Mendes, 2011, p. 27).

O veto a que alude o professor não se legitima pelo conteúdo moral, já que o desacordo é inerente à vida em sociedade e necessariamente persistirá, mas pela razão prudencial de amenizar o sistema político, desacelerando os sobressaltos majoritários e expandindo o debate público. Com o alargamento da discussão, novas variáveis argumentativas são introduzidas, surgem novas abordagens, e mesmo as já aventadas são revisadas e submetidas a novo escrutínio. O Judiciário como instituição encarregada de alçar a controvérsia ao patamar principiológico contribui intensamente para o aprimoramento das decisões políticas; a democracia, nesse sentido, é motor para o alcance de melhores resultados. “O que ele faz, portanto, não é assegurar o mínimo ético do regime democrático, mas retardar o processo decisório, esperando que o tempo possa contribuir para uma decisão de maior densidade deliberativa” (Hübner Mendes, 2011, p. 27).

Essa proposta introduz a ideia de que o caráter democrático da instituição responsável pelo tratamento da questão constitucional é imprescindível. A conjuntura inarredável de desacordo moral no seio da sociedade exige que se edifique um espaço próprio para a preservação da autoridade política. Levar direitos a sério

> pede que se pense não só sobre o seu conteúdo, sobre seu núcleo de origem, sobre as exigências do princípio da dignidade humana. Satisfazer-se com quem quer que decida sobre seu significado (no caso, os juízes) não se harmoniza com a democracia nem com os pressupostos morais que ela carrega. Não é irrelevante que a instituição que os interpreta em último grau seja, por si mesma,

> independentemente do que decida, democrática (Hübner Mendes, 2008, p. 189).

A jurisdição constitucional, nessa ordem de ideias, legitima-se como contraponto à política majoritária, em um marcado processo de interlocução interinstitucional. É a ampliação do debate público que promove a democracia em seu caráter emancipatório e plenipotencializador dos direitos e garantias fundamentais. O encerramento da discussão constitucional, com a imposição de alguma última palavra prematura e arbitrária, empobrece o jogo dialético da vida política e faz pouco caso da complexidade do desentendimento moral que toma conta da sociedade.

Assentadas essas elaborações, passaremos em seguida ao exame do sistema brasileiro de controle preventivo de constitucionalidade.

5 O sistema brasileiro de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade

Na experiência brasileira, o fenômeno da judicialização assumiu proporções imensas, inicialmente em função da constitucionalização abrangente e analítica.

Removendo determinado tema da pauta do debate político, ao revesti-lo de um couraçado constitucional, o constituinte acabou trazendo-o para “o universo das pretensões judicializáveis” (Barroso, 2010, p. 5). Essa situação, por óbvio, amplia o campo de possibilidades da atuação jurisdicional. Mas isso não é tudo. Com o advento da Constituição de 1988, operou-se profunda remodelação do sistema pátrio de controle de constitucionalidade. O que se verifica hoje é uma profusão de meios e vias para a realização da fiscalização da compatibilidade dos atos em face do sistema constitucional, abrindo-se para o Judiciário um espaço enorme para a revisão do produto das atividades políticas desempenhadas pelo Legislativo e pelo Executivo.[124]

---

[124] Diante de tal realidade, a maioria das questões de relevância social, política ou moral têm sido postas em sede de discussão judicial, com especial destaque para aquelas debatidas perante o Supremo Tribunal Federal. São exemplos de assuntos destacados que foram judicializados: a instituição da contribuição de inativos na reforma da previdência (ADI 3105), a criação do Conselho Nacional de Justiça na reforma do Judiciário (ADI 3367), a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510), a implementação do direito fundamental de liberdade de expressão e da criminalização constitucional do racismo (HC 82424: caso *Ellwanger*), a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54), a restrição ao uso de algemas (HC 91952 e súmula vinculante nº

Método bastante peculiar é o do controle jurisdicional preventivo dos projetos de lei e das ~~das propostas de emenda~~ à Constituição em trâmite no Congresso Nacional, hipótese admitida no Direito brasileiro sob o pretexto da tutela do devido processo legislativo. Trata-se de construção havida no seio do Supremo Tribunal Federal, que tem conhecido de mandados de segurança impetrados por parlamentares em face de processamentos legislativos irregulares ou da tramitação de PEC cujo conteúdo supostamente viole alguma das cláusulas pétreas do parágrafo 4º do artigo 60. Apesar de impactante no meio político e na arena pública de debate e formação de opinião,[125] a técnica em comento tem merecido pouco destaque na doutrina.[126]

A despeito disso, a jurisprudência é relativamente farta, com todos os julgados caminhando na direção do fortalecimento dos canais de interferência do Supremo no andamento dos debates políticos no Congresso. A partir da análise desse substrato jurisprudencial, é possível identificar dois tipos de intervenção judicial: uma de ordem construtiva e outra de ordem destrutiva. Para entendermos esta categorização e outras elocuções, é imperioso que voltemos aos fundamentos do controle jurisdicional prévio de constitucionalidade, mantendo sempre em mente da reconstrução, levada a efeito nos tópicos anteriores, da justificação da jurisdição constitucional no marco do Estado democrático de Direito.

No julgamento do mandado de segurança n. 20.257, o Ministro Moreira Alves, relator para o acórdão, inicia sua explanação asseverando que o impedimento de tramitação de projeto de lei ou emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio plasmado na Constituição afigura-se inadmissível. E justifica, consignando que a violação à ordem constitucional só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda ser aprovada. “Antes disso, nem o Presidente da Casa do congresso, (...) nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer

---

11), a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388), a legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330), a vedação ao nepotismo (ADC 12 e súmula vinculante nº 13), a não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130), entre outros. Para uma análise lúdica e instigante de parte dos importantes casos levados à pauta de julgamento do STF nos últimos anos, *cfr*. em Barroso (2013).

[125] São exemplos de julgados em que o STF reconheceu a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade: mandado de segurança n. 20.257, mandado de segurança n. 21.747, mandado de segurança n. 21.642, mandado de segurança n. 21.648, entre muitos outros

[126] Em seu excelente *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, Luís Roberto Barroso dedica apenas um parágrafo à temática (2011, p. 68).

inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral" (STF, 1980, p. 337-338).

Entretanto, feitas as advertências iniciais, o magistrado ressalta haver hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação ou a deliberação a seu respeito. É dizer que existe um plexo de casos em que a própria Constituição deseja que a matéria não possa ser veiculada via projeto de lei ou proposta de emenda constitucional.

Nestes casos,

> a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição (STF, 1980, p. 338).

Com base nessas ideias, destrincharemos, no tópico seguinte, o modelo brasileiro de controle preventivo, de forma a classificar, à luz das ponderações teóricas já feitas, as possíveis intervenções jurisdicionais na atividade deliberativa havida no seio do Congresso Nacional. A análise perpassa, inevitavelmente, um exame crítico da posição do Supremo Tribunal Federal como agente político na dialética histórica de efetivação e vivência da Constituição da República em seus vinte e cinco anos de idade.

6 O Supremo Tribunal Federal como agente político no processo constitucional: o controle jurisdicional e o devido processo legislativo

O processo constitucional compreende um plexo inesgotável de deliberações normativas que, embora provisoriamente encerradas ao fim de determinada rodada procedimental (Hübner Mendes, 2011, p. 171-189), acabam renovando-se em uma perspectiva de aprendizado a longo prazo no e com o Direito.

Na dinâmica constitucional brasileira, especialmente a partir do advento da ordem de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado papel destacado no espaço de diálogos interinstitucionais. Não nos parece possível, nesse contexto,

refutar o papel de agente político exercido pela Corte no cotidiano das instituições. Muito mais que negar tal roupagem, é preciso que aprendamos a lidar com ela.

Com relação ao controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei e das emendas à Constituição, a reflexão deve necessariamente levar em conta a exigência de equilíbrio da balança sobre a qual se deitam as bigornas da democracia e do constitucionalismo. A desconsideração das tensões incessantes das quais se alimentam as viradas políticas diárias, bem como da necessidade de sopesar o ímpeto da soberania popular e a rigidez da Constituição para o alcance de objetivos políticos contingentes, implica a inviabilização de uma análise crítica genuinamente reconstrutiva.

Tendo isso em vista, é possível distinguir, no exercício da técnica de fiscalização prévia de adequação à Constituição, intervenções jurisdicionais tanto construtivas quanto destrutivas. Embora o constitucionalismo acabe por exigir a preservação das primeiras, a edificação democrática, no nosso sentir, rejeita as últimas.

6.1 Intervenções jurisdicionais construtivas

Em linhas gerais, construtiva será a intervenção judicial que, com o intuito de tutelar o devido processo legislativo, contribui para o desenrolar hígido e regular do debate no seio do fórum legislativo. Estando em trâmite determinado projeto de lei ou proposta de emenda constitucional, parece-nos absolutamente salutar que se garanta, ao longo do processamento, a atenção às regras procedimentais plasmadas na Constituição. Isso importa em evitar que, findo o processo legislativo, a lei ou a emenda sejam declaradas inconstitucionais por desrespeito ao procedimento ditado para a sua edição.

O critério de distinção relativo à construtividade da interferência do Supremo Tribunal Federal não guarda qualquer relação direta com a divisão contestável entre inconstitucionalidades materiais e formais. Sabemos que a forma comporta uma dimensão substancial inegável.[127] A intervenção construtiva é aquela que, a despeito

---

[127] Vale registrar, nesse ponto, que a tese da jurisdição constitucional como espaço de tutela do processo político, de autoria do professor estadunidense John Hart Ely, restou amplamente contestada por autores como Habermas e Dworkin exatamente em razão da impossibilidade hermenêutico-pragmática de separação estanque entre forma e substância. O próprio Ely parece ter

de se prestar à tutela da forma ou da substância dos preceitos constitucionais relativos ao devido processo legislativo, colabora com o andamento da discussão legislativa, sem prejudicá-la, esvaziá-la ou interrompê-la.

6.2 Intervenções jurisdicionais destrutivas

Por outro lado, será destrutiva a intervenção jurisdicional que, sob o pretexto de tutelar o devido processo legislativo, acaba prejudicando, esvaziando ou interrompendo o debate no Congresso Nacional. É o que ocorre, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal declara a incompatibilidade da PEC em face de alguma cláusula pétrea.[128] Como a irregularidade não está no processo em si, mas no próprio conteúdo debatido, a discussão é sepultada, assassinada a sangue frio, em evidente afronta à exigência democrática de alargamento do espaço público deliberativo.

O discurso que legitima a intervenção jurisdicional destrutiva, identificável na fundamentação do acórdão proferido pelo STF no julgamento do mandado de segurança n. 20.257, pressupõe a autorreferência ao órgão judicial como agente e intérprete autêntico e definitivo da Constituição, em inevitável atrofia do papel dos outros Poderes na tomada definitiva da decisão constitucional. Nos dizeres do próprio Ministro Moreira Alves,

> cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes (STF, 1980, p. 338).

---

identificado esse problema, quando pondera que "caso se objete, não que eu não distingui os dois conceitos, mas sim que é possível valorizar certos procedimentos decisórios por si mesmos, trata-se obviamente de uma objeção correta: é possível. E, para quem insistir em usar essa terminologia, afirmo que os valores que a Corte deve buscar são valores participativos, como os acima mencionados,́queessesjásão os valores (1) aos quais nossa a Constituição se ateve de modo mais notável e eficaz, (2) cuja imposição não é incompatível (pelo contrário, apoia) o sistema norte-americano de democracia representativa, e (3) que as Cortes estabelecidas, que não participam diretamente do processo político, estão em condições ideais de impor" (2010, p. 100).

[128] Apesar de as intervenções destrutivas mais comuns serem exatamente aquelas relativas ao controle preventivo do Poder Constituinte Derivado, há exemplos de fiscalização prévia de projetos de lei em que o Supremo Tribunal Federal, por meio do discurso da tutela do devido processo legislativo, interrompeu a deliberação legislativa em razão do conteúdo veiculado. Exemplo célebre é o do mandado de segurança nº 32033, em que o Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática, deferiu a liminar para suspender a tramitação do PLC 14/2013, ao argumento de que as orientações constantes do projeto feriam jurisprudência consolidada do Pretório.

Conclusão

A nova roupagem dada ao controle jurisdicional de constitucionalidade, edificada pedra sobre pedra no desenrolar das teorias trazidas a lume neste artigo, traduz esquema em maior consonância com o ideal democrático (que é repleto de realidade, porquanto assimilável no aqui e no hoje) de um Estado formado a partir da junção de espaços públicos de debate aberto e livre entre iguais.

Em se construindo uma nova estrutura justificadora da jurisdição constitucional, de forma a concebê-la como contraponto de interlocução interinstitucional à política majoritária, como é possível admitir que a interferência judicial ponha fim ao debate intrainstitucional no Congresso Nacional? A noção de que ao Supremo Tribunal Federal cumpre desempenhar o suposto papel de garantia do devido processo legislativo, até mesmo quando a intervenção importar em prejuízo, esvaziamento ou interrupção da discussão no seio do Congresso Nacional, é contrária ao projeto de alargamento da deliberação democrática, porquanto faz pouco caso da pluralidade inerente à sociedade contemporânea, ignorando a persistência do desacordo moral.

O parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição de 1988, por exemplo, estabelece como cláusulas pétreas a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Trata-se de conceitos jurídicos indiscutivelmente indeterminados. Essa fluidez faz exsurgir, na tarefa de dar conteúdo político concreto à redação constitucional, os mais variados e múltiplos desacordos no seio da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. São desacordos que traduzem os desentendimentos morais inerentes à vida em comunidade. É por essa simples razão que a democracia torna central o campo do debate. É debatendo que se acertam as opiniões, aprimorando-se os argumentos para que se chegue à melhor resposta possível, ainda que o desacordo persista (e certamente ele há de persistir).

Em assim sendo, não nos restam dúvidas de que a tendência jurisprudencial de fiscalização preventiva destrutiva dos projetos de lei e das propostas de emenda em trâmite no Congresso é inconstitucional. Lançando mão dessa via obscura e exagerada de controle do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal corta a atividade democrática pela raiz, interrompendo a deliberação intrainstitucional de forma

prematura, a partir da presunção de que o legislador não terá a capacidade intelectual e o discernimento moral suficientes para levar adiante a discussão em atenção às balizas impostas pela comunidade de princípios. Restam um Parlamento calado para as questões de relevância política e uma jurisdição constitucional encastelada e pouco afeta ao escrutínio deliberativo, tão acostumada a uma interpretação solitária das coisas do mundo.

Referências

BARBOSA, Rui. Oração perante o Supremo Tribunal Federal. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_______________. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_______________. **O novo Direito Constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança n. 20.257**. Relator: Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão: Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1980. Inteiro teor disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador. jsp?docTP=AC&docID=85046. Acesso em 25 de julho de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Ed. Lisboa: Almedina, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_______________. **Devido processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_______________. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A badly flawed election**. New York: New Press, 2002.

_______________. **A Bill of Rights for Britain**. London: Chatto & Windus, 1990.

________________. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

________________. Equality, democracy and Constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, v. 28, n. 2, 1990.

________________. **Freedom's Law: a moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

________________. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

________________. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

________________. **The Sovereign Virtue**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens.** Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

________________. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HÜBNER MENDES, Conrado. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Constitución y Soberania – El sentido de la democracia constitucional.** Tradução de José Calvo González. Granada, 2000.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, p. 32, 1993.

________________. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999a.

________________. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999b.

CAPÍTULO 7

O RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E SUA EFETIVIDADE

Camila Sailer Rafanhim de Borba[129]
Sarah Campos[130]
DOI 10.1111/9788565604208.07

Resumo: O presente trabalho visa abordar o exercício do direito fundamental de greve de servidores públicos civis no Brasil, analisando a legislação a respeito, que, inicialmente, ignorava sua existência, e, adiante, veio a proibi-lo, passando a ser permitido e reconhecido apenas a partir da Constituição da República de 1988. Além disso, serão expostas as correntes acerca da eficácia da norma constitucional do art. 37, VII, para, ao final, verificar-se qual o posicionamento que tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos dos Mandados de Injunção, ante a ausência, até o momento, de legislação regulamentadora específica da greve de servidores públicos, bem como quais são as perspectivas para a normatização e efetivação deste direito fundamental.

Palavras-chave: Direito fundamental de greve; Servidores Públicos; Constituição da República de 1988; Supremo Tribunal Federal; Decisões.

Abstract: The present work aims to discuss the exercise of the fundamental right to strike by public servants in Brazil. It analyses the legislation on the issue that, first, ignored the existence of such a right, then forbid it and, finally, recognized its exercise in the Brazilian Constitution of 1988. Furthermore, it will present the different viewpoints debating the effectiveness of article 37, VII, of the Constitution. This essay will finally comment on the Brazilian Supreme Court (STF)'s decisions of claims, in the period when there was no specific legislation recognizing public servants' right to strike, and the perspective of the enforcement of this fundamental right.

---

[129] [1]Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil. Advogada nas áreas de Direito Administrativo e Previdenciário, sócia do escritório Rafanhim, Souza e Rosa Advogados Associados, integra a assessoria jurídica do Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Araucária (Sismmar), do Sindicato de Servidores Públicos do Município de Curitiba (Sismuc) e do Sindicato dos Servidores Estaduais da Saúde do Paraná (Sindsaúde-PR)
[130] Advogada, sócia fundadora do escritório Campos e Domingues Sociedade de Advogados, Belo Horizonte-MG, Brasil. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestranda em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenadora-Geral Discente do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça da UFMG (Prunart-UFMG). Integrante da Comissão de Direito Sindical da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Minas Gerais (OAB-MG).

Keywords: Fundamental right of strike; Public servants; Brazilian Constitution of 1988;. Brazilian Supreme Court; Decisions.

Introdução

A sociedade, desde suas origens, manifesta suas demandas por meio de ações coletivas fundadas em causas e interesses comuns, fato que, por si só, identifica as particularidades e necessidades de cada meio. Essa manifestação de interesses coletivos denomina-se movimento social, extremamente importante nas arenas política, econômica e social de qualquer país, fundado não apenas nas forças congeladas do passado, mas, sobretudo, na necessidade de se reagir ao presente diante de perspectivas positivas para um futuro melhor.

Essa tendência do ser humano de se reunir em grupos com o intuito de defender interesses comuns, especialmente no campo trabalhista, é universal e engloba todos os setores da sociedade, independentemente de sua natureza, se pública ou privada.

Ocorre que, durante muito tempo, o regramento da função pública esteve associado a um ideal de renúncia e sacrifícios, devido ao entendimento ultrapassado de que a fixação unilateral[131] do regime jurídico dos servidores públicos pela Administração Pública retiraria dos mesmos a possibilidade de diálogo com a Administração, de troca de experiências, ideias, conceitos, com vista à conquista de melhores condições de trabalho.

Não se admitia que os servidores públicos, no exercício do direito de greve, estariam a agir como cidadãos, e não na qualidade de representantes do Poder Público.

Entre nós, o reconhecimento da greve como um direito fundamental do trabalhador, e principalmente sua extensão aos servidores públicos, é muito recente e ainda tem alguns desafios a enfrentar.

---

[131] MOREIRA NETO bem ilustra a visão unilateralista e organicista da função pública: "Pelo sistema institucional estabelece-se um vínculo legal, cria-se um *status* para o servidor público, que implica em direitos e deveres, tornando-se, de certa forma, aquele titula de um cargo público, uma *parte* da Administração Pública, sua expressão física, através do qual realiza-se a ação executiva do Governo". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990, p. 34-35)

2 O direito de greve na história e a sua vedação aos servidores públicos no Brasil até a Constituição Federal de 1988

Sobre a história da greve no mundo, há quem se refira como greve a alguns movimentos existentes na antiguidade, mas, explica Segadas VIANA que, faltando "ao trabalhador a condição essencial de liberdade na manifestação da vontade (...), na verdade, eram sedições, rebeliões ou motins de escravos contra a opressão e a violência de seus senhores"[132], que não podem ser denominadas greves. Também neste sentido, Zênia CERNOV esclarece que "somente do trabalho livre e assalariado é que poderia nascer tal instituto".[133] Assim, também os quilombos de escravos no Brasil, embora sejam exemplos de associativismo, não podem ser considerados verdadeiras greve.[134]

Mas não basta que os trabalhadores envolvidos sejam livres para que se possa verdadeiramente chamar seu movimento de greve. Maildes Alves de MELLO afirma que há, entre alguns autores "confusão da rebelião de escravos com movimentos paredistas ou com manifestações nitidamente políticas e sociais"[135]. Destaca, também, a ocorrência de greve no Egito Antigo, de caráter religioso, isto é, uma greve contra os deuses, e, já em 1440 e em 1330 a.C., registra a ocorrência de greves contra as autoridades faraônicas. Mas afirma que só se pode verdadeiramente falar em greve quando existe, além da liberdade dos trabalhadores, o "fator psicológico de classe", de modo que só configura como greve, segundo MELLO, os movimentos ocorridos a partir do século III d.C., no Império Romano e durante a Idade Média.[136]

A greve só passa verdadeiramente a existir, com estes elementos expostos, a partir dos séculos XVII e XVIII, quando, segundo CERNOV, "os novos métodos de produção criaram uma diferente realidade social, com a industrialização e o

[132] VIANA, Segadas. **Greve.** Direito ou Violência? São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1959.p. 17
[133] [5]CERNOV, Zênia. **Greve de servidores públicos.** São Paulo: LTr, 2011. p. 13.
[134] ROBOREDO, Maria Lucia Freire. **Greve, lock-out, e uma nova política laboral.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 65
[135] MELLO, Maildes Alves de. **A greve no direito positivo brasileiro.** Porto Alegre: Síntese. 1980?.p. 17.
[136] Ibidem,p. 18.

consequente alargamento das desigualdades, formando duas classes com interesses antagônicos: a capitalista e a proletária."[137]

Sobre o aumento da incidência de greves neste período, explica Segadas Vianna que coincidiu, não por acaso, com a Revolução Industrial, pois este cenário, ao mesmo tempo em que propiciou uma maior proximidade entre os operários por concentrá-los nas indústrias e nos centros urbanos, também gerava uma insatisfação generalizada pelo aumento do desemprego e de condições de trabalho que outra coisa não eram que exploração dos trabalhadores. E, para isso, reuniam-se em sindicatos.[138]

Mas o grande marco na história da greve se dá, de acordo com Zênia Cernov[139], com a Revolução Francesa, que reconhecia, entre seus ideais, a liberdade. Contudo, foi neste âmbito que as greves foram proibidas, por serem consideradas "atentatórias à liberdade individual e à Declaração de Direitos."[140]

Isto nos leva a observar que, em âmbito mundial, a posição do Estado frente às greves passou por três períodos ou fases típicos, embora com pequenas diferenças de um país para outro, sendo um período ou fase de proibição, um de tolerância e um de reconhecimento, conforme a exposição de Bento Herculano Duarte Neto.[141]

Inicialmente, o Estado via a greve como "um fato social contrário à soberania, comparando-se a mesma a uma guerra entre nações."[142] E assim é que, após a Revolução francesa, o Estado burguês, sentindo-se ameaçado pela greve, a proibiu, atitude que, segundo Duarte Neto, foi "um ato, mais que espúrio e repugnante, por demais contraditório, uma vez que as elites então dominantes tinham chegado a tal condição justamente empunhando, como bandeira principal de luta, a ampla liberdade do cidadão."[143] O autor explica, ainda, que, quase que de forma automática, proíbe-se o associativismo dos trabalhadores, pois este normalmente

---

[137] CERNOV, Zênia. Op. cit. p. 13.
[138] VIANA, Segadas. Op. cit. p. 26-31.
[139] Ibidem, p. 31.
[140] MELLO, Maildes Alves de. Op. cit. p. 20.
[141] DUARTE NETO, Bento Herculano. **Direito de greve:** aspectos genéricos e legislação brasileira. São Paulo: LTr, 1992. p. 28.
[142] Ibidem, p. 29
[143] Idem.

precede a greve.[144] Apesar disso, ressalta que, na prática, as greves continuaram a ocorrer.

Posteriormente, tem-se a fase que o citado autor denominou de tolerância, quando "o Estado liberal passou a encarar a necessidade do fenômeno como catalisador dos anseios da massa trabalhadora, mas preferiu não reconhecer o direito de greve".[17] Ela deixa de ser punida penalmente, passando a ser vista unicamente como um fato social, sem relevância para a ordem jurídica.

Esta ausência de regulação ou reconhecimento, segundo Duarte Neto, se deu, principalmente, por três razões, ou aspectos: O aspecto econômico, de que o Estado liberal não poderia intervir nas relações de trabalho, seja nas individuais seja nas coletivas. "O aspecto social, pois a greve atingia um grande número de trabalhadores, razão pela qual não fazia sentido haver uma repressão a um movimento de massa, sob pena do Estado ir de encontro ao seu objetivo básico: propiciar o bem comum."[145] E o aspecto político, pois o reconhecimento do direito de greve, de um lado, se configuraria em posicionamento contraditório de um Estado que acabava de puni-la, e, "por outro lado, a elite política da época representava interesses que seriam duramente atingidos pelo reconhecimento do direito de greve, ou seja, pela passagem do fenômeno da condição de delito para a condição de direito."[146]

Duarte Neto explica que esta fase "foi um mero estágio preparador da instituição do direito de greve"[147], da chamada fase do reconhecimento. Isto porque "a condição política mundial, considerada como um todo, não permitiu uma passagem direta, do delito ao direito"[148], tendo sido necessária a passagem pelo estágio intermediário de mera tolerância à greve.

No Brasil, esta trajetória foi parecida, mas fez algumas curvas, devido à sucessão de regimes, em especial ao período de ditadura militar. E isto fica muito claro a partir da análise da história constitucional brasileira.

---

[144] Ibidem, p. 30-31.
[145] Ibidem, p. 33
[146] Idem
[147] Idem
[148] Ibidem, p. 34.

As duas primeiras Constituições brasileiras, a de 1824 e a de 1891, já no período republicano, sequer mencionaram o tema das greves. Apesar disso, ele já era tratado pela legislação infraconstitucional nestes períodos. Zênia CERNOV se refere a "um curto período de proibição"[149], no ano de 1890, quando entrou em vigor o Código Penal que caracterizava qualquer greve como crime, até mesmo as pacíficas. Pouco tempo depois, o Decreto n.º 1.162/1890, passou a criminalizar apenas a violência quando do exercício da greve, pois, segundo Marcio André Medeiros Moraes, "era incoerente dar à greve tratamento penal, quando o princípio político reinante era o liberal"[150].

Na década de 1930, inicia-se a construção de uma organização sindical no Brasil, o que foi reconhecido pela Constituição de 1934, embora esta também não tenha se referido à greve.[151]

A Constituição de 1937, apesar de não ignorar a greve, como suas antecessoras, não passa à fase de reconhecimento, dentro do esquema de evolução típica exposta acima, mas regride para a inicial, ao declarar a greve como recurso antissocial. E o Decreto-Lei n.º 431/38, que a sucedeu, criminalizou a greve.[152]

Igualmente a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), promulgada em 1943, restringia a greve, estabelecendo "diversas penas para a paralisação do trabalho sem prévia autorização do tribunal trabalhista."[153]

Tratou-se de um período em que grandes avanços foram operados no reconhecimento dos direitos individuais dos trabalhadores, mas que quase nada ocorreu em relação aos direitos coletivos, entre eles a greve, quadro que vai se alterar profundamente após o fim da Segunda Guerra Mundial[154]. Isto porque foi neste período que "o Brasil foi signatário da Ata de Chapultec e editou, em 15 de março de 1946, o Decreto-lei n. 9.070, reconhecida como a primeira lei de greve brasileira."[155] Amauri Mascaro NASCIMENTO destaca a importância deste diploma legal, afirmando que "o aspecto mais significativo é exatamente a modificação básica

---

[149] CERNOV, Zênia. Op. cit., p. 16
[150] MORAES, Márcio André Medeiros. **O direito de greve no serviço público**. Curitiba: JM Livraria jurídica e editora, 2012. p. 83
[151] CERNOV, Zênia. Op. cit. p. 16
[152] MORAES, Márcio André Medeiros. Op. cit. p. 85.
[153] CERNOV, Zênia. Op. cit. p. 17
[154] MORAES, Márcio André Medeiros. Op. cit. p. 85
[155] CERNOV, Zênia. Op. cit. p. 17

verificada uma vez que a greve até então era um ato ilícito e daí por diante um direito sujeito a algumas restrições"[156].

Somente na Carta de 1946, contudo, é que a greve veio integrar o texto constitucional enquanto um direito dos trabalhadores. Mas deixava sua regulamentação a cargo da lei infraconstitucional (Decreto-lei n.º 9070/46), permaneceu proibindo o direito de greve aos servidores públicos.

Do mesmo modo, a Constituição de 1967 previa o direito de greve, mas a proibia aos servidores públicos e aqueles que exerciam atividades essenciais. A EC n.º 01/69, em especial, a proibiu aos servidores públicos e quaisquer trabalhadores que atuem em "atividades consideradas essenciais ou prestando serviços ao Estado, quer na administração direta, quer na indireta, indiferentemente do tipo de vinculação."[157]

Nos anos que se seguiram, foram promulgadas várias leis que restringiam cada vez mais o direito de greve. Uma delas é o Decreto-Lei n.º 1.632/78, que, conforme Maildes Alves de Mello, determina que são igualmente considerados serviços públicos, para fins da proibição do direito de greve, os prestados diretamente pelo Estado e aqueles prestados por concessionárias[158], questão que, até então, levantava polêmica no meio jurídico. Também merecem destaque outros diplomas legais que tratavam a greve de servidores públicos como caso de polícia, como ameaça à segurança nacional[159], como é o caso do Decreto n.º 898/69 e da Lei n.º 6.620/87.

Este cenário só mudou, no Brasil, com a Constituição de 1988, que inovou em relação às anteriores, não só por reconhecer a greve como um direito fundamental do trabalhador, em seu art. 9º, mas também por estendê-lo aos servidores públicos, no art. 37, VII, como será exposto a seguir.

Assim, cabe-nos analisar de que modo a Constituição da redemocratização do país alterou o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

---

[156] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Comentários à lei de greve.** São Paulo: LTr, 1989. p. 12.
[157] MELLO, Maildes Alves de. Op. cit. p. 72
[158] Ibidem, p. 46
[159] ROBOREDO, Maria Lucia Freire. Op. cit. p. 110

3 O direito de greve da função pública e a Constituição de 1988.

A doutrina administrativista, em geral, nunca recebeu bem o instituto da greve dos servidores públicos. Alegam, frequentemente, o *princípio da continuidade* - "que afirma que, sendo o serviço público a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, ele não pode parar"[160] - e o caráter da relação jurídica do Estado com seus servidores, ou seja, o *regime estatutário*, de natureza pública administrativa, cujos princípios não se identificariam com aqueles consagrados no Direito do Trabalho, inclusive no plano coletivo, visto que deve sempre prevalecer o interesse público, acima dos interesses individuais ou da categoria. Basicamente, esses dois argumentos são tidos como óbices intransponíveis para a realização das greves no serviço público.

O primeiro argumento, que tem como base o princípio da continuidade do serviço público, pode ser ponderado com a adoção de certos procedimentos, como por exemplo, uma declaração prévia à autoridade, a cobertura de serviços urgentes, dentre outras medidas como as previstas na lei nº 7.783/89 que regulamenta o exercício do direito de greve e define as atividades essenciais do setor privado.

~~Ademais, temos que~~ nem todos os servidores públicos, pelo simples fato de sê-lo, exercem atividades essenciais para o interesse geral, havendo, inclusive, um grande número de trabalhadores do setor privado que prestam serviços bem mais importantes para a comunidade do que certas categorias de servidores públicos[161] Assim, a interrupção do trabalho pela prática de greve desses servidores nem sempre causaria "males irreparáveis", mas apenas "simples transtornos" para a coletividade. Aliás, "alguém já disse que uma greve de açougueiros e padeiros chega a ser mais prejudicial à coletividade do que a de algumas categorias de servidores públicos."[162]

---

[160] [33]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65

[161] Neste sentido, LÓPEZ-MONÍS De CAVO, Carlos. **O direito de greve**: experiências internacionais e doutrina da OIT. São Paulo: LTR: IBRART, 1986.p. 20-21 e ROMITA, Arion Sayão. A greve dos Servidores Públicos. *In:* **Revista Acadêmica Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, ano I, n.I, 1993. p.30

[162] FONSECA, Vicente José Malheiros da. **Greve dos servidores do Estado**: lei complementar. Problema atual e sugestões. In: *Revista do TRT da 8ª Região.* Belém, v.26, n.50, jan/jul. 1993. p. 74

Com precisão, Florivaldo Dutra de Araújo defende que o princípio da continuidade dos serviços públicos não pode impedir o direito de greve dos servidores públicos em termos gerais, destacando que

> *o princípio da continuidade dos serviços públicos*, viu esta sua função superada pelo reconhecimento de que, além de agente do Estado, o servidor é, antes de tudo, *cidadão, sujeito de direitos individuais* que não se confundem nem se subordinam aos interesses do órgão a que serve. Quem faz greve, não o faz enquanto servidor, mas *enquanto cidadão.* A continuidade dos serviços públicos não pode, pois, impedir o direito de greve em termos gerais, já que se dirige *sempre ao organismo estatal* e aos servidores *enquanto tais*, e não aos indivíduos enquanto cidadãos. O que pode justificar a restrição da greve são valores maiores, como a proteção à vida, à segurança física das pessoas, independente de se tratar de atividade ligada ao setor público ou ao privado, não se tratando, pois, de aplicação do princípio da continuidade dos serviços públicos, mas do *princípio da proporcionalidade*, aplicável em geral no Direito quando se trata de correlação de meios e fins.[163]

Já quanto ao argumento da natureza do vínculo servidor- Estado, não se pode excluir a aplicação dos princípios que tutelam o trabalho ao servidor público, levando-se à inequívoca constatação de que, em última análise, os servidores públicos, como cidadãos, também necessitam de se valer dos meios de pressão para obterem condições dignas de trabalho. Afinal, em um Estado Democrático de Direito, o interesse público não goza de tutela indiscriminada. Não obstante, há uma tendência moderna de aproximação entre o regime estatutário, unilateral, de direito público, e o regime contratual de trabalho, de direito privado[164].

As profundas transformações mudaram o curso do Estado Moderno. A construção do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, com a crescente intervenção da Administração em diferentes setores da vida social, especialmente no pós-guerra, superaram os paradigmas que sustentavam os dogmas administrativistas, especialmente a fixação unilateral das condições de trabalho. Isto foi reconhecido pela própria OIT:

---

[163] ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública:** contribuição ao tema da participação em direito administrativo, 1998. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 405

[164] Cf. SILVA, Antônio Álvares da. **Os servidores públicos e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p.65 e seg. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública:** contribuição ao tema da participação em direito administrativo, 1998. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p.136 e seg. LÓPEZ-MONÍS De CAVO, Carlos. **O direito de greve**: experiências internacionais e doutrina da OIT. São Paulo: LTR: IBRART, 1986. p. 22-23

> *Son cada vez menos los países cuyogobienosiguefijando unilateralmente tales condiciones; em La mayoria de los países intervenien em ellolos sindicatos Del servicio público, con arreglo a um sistema de consultas paritárias o, em medida cresciente, hasta a negociacióncolectiva.*[165]

Vários outros argumentos também são levantados contra a prática da greve no serviço público, a partir da tradicional natureza estatutária da relação servidor-Estado. Afirma-se, diuturnamente, que inexistem conflitos de interesses entre o servidor e a Administração Pública, porque aquele se identifica com esta de tal maneira que passa a apresentar-se como próprio Estado, adquirindo um *status* de órgão, parcela do poder público. Assim, não haveria interesses em conflito com base no princípio da não contradição: ninguém pode ir contra si mesmo[166].

Entretanto, em uma análise mais aprofundada do tema, constata-se a existência básica de uma relação de trabalho profissional como qualquer outra: o servidor público trabalha habitualmente para o Estado com a finalidade de sustento próprio e de sua família, e isto supõe a existência de dois sujeitos de direito distintos, e que, como tais, são suscetíveis de possuir interesses próprios e porque não contrários.[167]

São próprios os ensinamentos de Araújo:

> a gestão de pessoal exige da Administração contemporânea o reconhecimento da condição de que, por serem servidores, os indivíduos que manifestam a sua vontade não perdem, por isto, a condição de cidadãos, de pessoas com direitos e interesses próprios, que não se dissolvem na organicidade do Estado, como se pensou outrora, chegando-se mesmo a conceber um círculo de atuação do estado sobre eles como terreno alheio às exigências da legalidade. Exatamente por isto, seus interesses podem entrar em conflito com os do Estado-administração.[168]

Outro argumento utilizado contra a prática da greve no serviço público é de que esta "é um instrumento de luta entre o trabalho e o capital. No regime capitalista,

[165] OIT, El trabajo em el mundo. p.115. *Apud:* SILVA, Antônio Álvares da. **Os servidores públicos e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p.66
[166] LÓPEZ-MONÍS De CAVO, Carlos. Op. cit. p. 21
[167] Ibidem, p. 22
[168] ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Op. cit. p. 02

o trabalhador luta pelo salário, e a empresa defende seu lucro. Revela notar que no setor público não há empresário nem lucro."[169].

Ora ninguém nega que a finalidade do Estado é o interesse público e que, em princípio, se distingue das finalidades dos entes privados. Entretanto, em qualquer caso, o trabalho humano é necessário para que tais finalidades se realizem, merecendo, em ambos os casos, a tutela jurídica que garanta a dignidade na sua utilização[170].

Ademais, o conflito existente entre empregado e empregador não se resume na luta de um pelo salário e de outro pelo lucro, mas tem suas raízes na distinção feita por Marx entre trabalho vivo e trabalho objetivado, segundo a qual a força de trabalho que é vendida pelo trabalhador nunca é paga de forma justa, pois o que se disponibiliza, em verdade, é o próprio trabalho vivo, com toda sua capacidade criativa e de criação de valor, que é algo que, por si, não tem um valor, que não pode ser precificado, de modo que quem usufrui deste trabalho sempre estará recebendo mais do que o que é pago, e o trabalhador sempre terá um prejuízo.[171]

Assim sendo, tanto na relação de trabalho com a empresa privada quanto na mesma relação com o Estado, o que há

> é a unidade comum de quem trabalha, ou seja, de quem, não sendo proprietário dos meios de produção, se serve do trabalho para garantir a sobrevivência. Se o trabalho é prestado a empregador privado (...) ou ao Estado para garantir seus fins, o trabalho, em si prestado nestas duas situações, não muda de natureza. As finalidades distintas e os princípios próprios de cada um destes regimes são apenas aparentes e não impedem, de forma nenhuma, uma visão unitária do problema.[172]

Além disso, no atual estágio do Estado Democrático, impossível admitir que as organizações privadas tenham por objetivo único e exclusivo o lucro. Um exemplo de que a atividade econômica também deve ser atividade social, de interesse

[169] DALARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.154
[170] ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Op. cit. p. 110.
[171] DUSSEL, Enrique. **El último Marx (1863-1882) y La liberación latinoamericana.** México, Siglo XXI, 1990, p. 373-377.
[172] SILVA, Antônio Álvares da. **Os servidores públicos e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p. 52

coletivo, é o princípio da função social da propriedade, consagrado como direito fundamental na Constituição da República de 1988 (art. 5º, XXIII[173]).

Portanto, os óbices apontados pela doutrina administrativista ao direito de greve do servidor público podem ser perfeitamente conciliados com outros princípios envolvidos na questão.

As diversas e profundas mudanças pelas quais passou o Estado brasileiro e, também, as graves reações às imposições unilaterais da Administração Pública, abriram novas perspectivas no que tange à sindicalização, a greve e a negociação coletiva no serviço público.

A Constituição da República de 1988, sob a égide do paradigma democrático, foi um grande marco no que se refere aos direito coletivos do trabalho dos servidores públicos civis, pois , ao garantir o direito de greve e de sindicalização dos servidores públicos, dentre outros direitos, reconhece a existência de interesses divergentes entre o servidor e a Administração, reduzindo o estatutarismo (fixação unilateral das condições de trabalho) e aumentando a área da contratualidade (fixação bilateral e negociada das mesmas condições)[174]

A liberdade sindical plena para os servidores públicos foi reconhecida com o artigo 37, inciso VI, da Carta Magna, "garantindo ao servidor público civil o direito à livre associação sindical". Também, a Carta da República, em seu artigo 37, VII, possibilitou, pela primeira vez na história brasileira, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis, estando vedada tanto a sindicalização quanto a greve aos militares da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 142, §3º, IV[175], e art. 42, § 1º[176], CR/88).

A nova ordem constitucional representou a descriminalização do direito de greve dos servidores, tendo, inclusive, o Ato das Disposições Constitucionais

---

[173] Art. 5º (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social
[174] SILVA, Antônio Álvares da. Op. cit., 1993. p. 112.
[175] Art. 142 (...)§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (...)IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve
[176] Art. 42 (...) § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores

Transitórias concedido a anistia aos servidores públicos civis e empregados públicos que tivessem sido punidos em razão da participação em movimentos paredistas.[177]

A Carta Magna, ao conferir o direito de sindicalização e o direito de greve dos servidores públicos, acabou por reconhecer a existência de conflitos entre estes e a Administração. Além disso, ao arrolar diversos direitos dos trabalhadores do setor privado aplicáveis aos servidores públicos (artigo 39, §3º[178], de acordo com a EC. nº 19/98), a Constituição também reconhece a existência de uma certa proximidade entre eles, sendo irrelevante a distinção entre os regimes de direito público ou privado no que diz respeito à atuação sindical.

Os servidores públicos são hoje, independentemente do regime jurídico que lhes é aplicado, prestadores de serviço em troca de certa remuneração e, como qualquer outro trabalhador, pretendem que esta seja a melhor ou mais justa possível. É deste contexto que se infere a possibilidade do exercício de greve pelos servidores públicos, caminho legítimo para a superação dos conflitos coletivos de trabalho no âmbito de uma sociedade plural, participativa e democrática.

Contudo, ao disciplinar o direito de greve para os servidores civis, a CR/88 previu que "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar". Mais tarde, após a edição da EC nº 19 de 4.6.1998, a redação do dispositivo foi alterada para estabelecer que o direito de greve dos servidores públicos civis será exercido por "lei específica".

Essa limitação estabelecida no texto constitucional determinando ser o direito de greve dos servidores "exercido nos termos e nos limites definidos em lei", foi alvo,

[177] Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (...) § 5º - A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º.

[178] Art. 39 (...) § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

por muito tempo, de sérias divergências na doutrina. Passou-se, então, a discutir a eficácia do dispositivo normativo, se de eficácia plena, contida ou limitada[179].

Parte dos doutrinadores brasileiros entendeu o inciso VII, do art. 37, da CR/88 como norma constitucional de eficácia limitada[180]. Para os defensores desta corrente, a amplitude do direito de greve dos servidores públicos dependerá dos contornos estabelecidos pelo legislador infraconstitucional. Isso significa que, ainda que reconheça o "mínimo de eficácia"[181] ao art. 37, VII, da CR/88, na prática, a simples omissão do legislador infraconstitucional é capaz de impedir o exercício legítimo do direito constitucionalmente garantido.

---

[179] O exame da eficácia das normas constitucionais consiste em tema de grande relevância para o Direito Constitucional, principalmente em sociedades, como a brasileira, caracterizadas por constantes alterações políticas e constitucionais. A doutrina moderna classifica as normas constitucionais, no que diz respeito à sua eficácia, em três categorias distintas: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Na primeira categoria, normas de eficácia plena, temos preceitos constitucionais que desde a entrada em vigor da Constituição, "produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los)" (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 72-73). Em outras palavras, são normas constitucionais que não necessitam da intermediação do legislador ordinário para que alcancem aptidão para reger situações concretas da vida social, pois a normatividade criada pelo legislador constituinte foi suficiente. Já entre as normas de eficácia contida, inserem-se aquelas em que o legislador constituinte disciplinou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria; no entanto, deixou certa margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 105). As normas de eficácia contida apresentam aplicabilidade imediata e direta, ou seja, apresentam aptidão para incidir em situações concretas da vida social, independentemente da intervenção do legislador infraconstitucional. Contudo, tais normas podem ter sua extensão limitada pelo legislador ordinário. As normas de eficácia contida são dotadas de eficácia prospectiva, ou seja, à míngua de legislação infraconstitucional integradora (restritiva), apresentam eficácia total e imediata, no entanto, o advento de norma regulamentadora tem o condão de torna o seu campo de abrangência restrito, contido. Por fim, na terceira categoria, temos as normas de eficácia limitada. Nos dizeres de José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada são aquelas "que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante" (SILVA, José Afonso da.) **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 73). Com isso, fica a cargo do legislador ordinário ou de outro órgão estatal integrar a eficácia dessas normas, mediante providências normativas que lhes confira aptidão de execução nos termos dos interesses constitucionalmente estabelecidos. Embora tais normas apresentem eficácia menos intensa do que as de eficácia plena e contida, seus preceitos são dotados de relativa eficácia, pois têm aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais que apresente sentido antiético ou incompatível com os seus

[180] Tal corrente doutrinária é advogada por Adilson Abreu Dalari (DALARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos.** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 144-156), José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR. José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. II. p.2199-2200), Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 187 e 319), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.p. 153), dentre outros

[181] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.p. 146

Vale destacar que, nas entrelinhas, os autores que defendem a tese da inaplicabilidade imediata do art. 37, VII, da CR/88, acabam aderindo à posição da tradicional doutrina administrativista, que, arraigada na concepção estatutária, busca impedir a possibilidade de aplicação de institutos jurídicos da seara laboral privada ao regime jurídico da função pública. Sabedores de que a leitura democrática da Constituição Cidadã impede, como abordado, a defesa da tese de incompatibilidade do direito de greve com o regime de trabalho da função pública, a saída encontrada pelos defensores do tradicional regime unilateral foi negar a aplicabilidade do texto constitucional.

A segunda corrente doutrinária defendeu ser o inciso VII, do artigo 37, da Constituição, norma constitucional de eficácia contida[182]. Entenderam tais doutrinadores ser juridicamente possível o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, antes da promulgação de lei específica[183], regulamentando seus termos e limites.

Para a referida corrente, o direito de greve do servidor público existe pelo simples fato de a Constituição de 1988 ter revogado as proibições até então impostas aos movimentos paredistas no setor público. Nesse sentido, Arion Sayão Romita:

> a norma em exame não apresenta conteúdo meramente programático: ela contém o reconhecimento pleno de um direito, embora submetido a serem estatuídas por lei complementar. Realmente, ela não é uma norma de eficácia plena. Será uma norma de eficácia contida, mas incide imediatamente, por afastar o óbice representado pela vedação da greve consagrada no ordenamento jurídico constitucional anterior.[184]

Muitos dos autores que entendem ter o art. 37, VII, da CR/88 eficácia contida, defendem a aplicação analógica da Lei nº 7.783/1989 à greve dos servidores

---

[182] Essa corrente é defendida por Arion Sayão Romita (ROMITA, Arion Sayão. A greve dos Servidores Públicos. *In:* **Revista Acadêmica Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, ano I, n.I, 1993. p. 789-808), Celso Antônio de Bandeira Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Regime dos servidores da administração direta e indireta (direitos e deveres).** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 85), Maurício Godinho Delgado (DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001a. p.171), Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005), entre outros
[183] Redação dada pela Emenda Constitucional de 1998.
[184] ROMITA, Arion Sayão. Op. cit. p. 807-808

públicos[185]. Segundo tais doutrinadores, a Lei nº 7.783/1989 constitui parâmetro normativo adequado à regulamentação do direito de greve no setor público. Florivaldo Dutra de Araújo, ainda quando vigia a redação original do inciso VII, do artigo 37,abordou o tema com propriedade:

> A vigente Lei 7783, de 28.6.1989, constitui-se um bom instrumento de fixação dos limites em que deve ocorrer a greve e poderia servir de parâmetro para a lei complementar exigida no art. 37, VII, CF. Aliás, muitos dos serviços ou atividades essenciais arrolados no seu art. 10, os quais exigem funcionamento de seus setores indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, são serviços públicos típicos. Por isto, inclusive, a Lei poderia ser aplicada analogicamente aos servidores públicos em geral, até elaboração de norma complementar.[186]

Há, ainda, os que argumentavam que o inciso VII, do art. 37, da CR/88, teria aplicabilidade imediata, sob o fundamento de que o direito de greve é um direito fundamental e a Constituição Cidadã, em seu art. 5º, § 1º, dispõe que: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"[187]. Esse entendimento é defendido por aqueles que advogam que ainda que o direito de greve dos servidores públicos não estivesse previsto expressamente no art. 37, VII, CR/88, o mesmo estaria garantido pelo art. 9º da Carta Magna, já que no âmbito dos direitos e garantias fundamentais deve prevalecer sempre interpretação extensiva. Nesse sentido, a posição de Rogério Viola Coelho:

> A natureza deste direito é dada pelo art.9º, que não excepciona os servidores públicos. Estamos diante de um direito fundamental outorgado à coletividade dos trabalhadores. E o § 1º do art. 5º da Constituição estabeleceu que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.[188]

Para esta corrente, sendo a greve dos servidores públicos direito de caráter fundamental, consagrado nas mesmas bases relativas aos trabalhadores da

---

[185] Neste sentido ROMITA, Arion Sayão. A greve dos Servidores Públicos. *In:* **Revista Acadêmica Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, ano I, n.I, 1993. p. 808; DELGADO Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001a. p.171 e ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública**: contribuição ao tema da participação em direito administrativo, 1998. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p.430.
[186] ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Op. cit.. p. 430
[187] Neste sentido, COELHO, Rogério Viola**. A relação de trabalho com o estado:** uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação da função pública. São Paulo: LTR, 1994 e FONSECA, Vicente José Malheiros da. Greve dos servidores do Estado: lei complementar. Problema atual e sugestões. In: **Revista do TRT da 8ª Região**. Belém, v.26, n.50, jan/jul. 1993. p. 1046-1048
[188] COELHO, Rogério Viola. Op. cit. p. 80.

iniciativa privada, aplica-se ao mesmo o disposto no art. 5º, § 1º da CR/88, que garante aplicabilidade imediata.[189]

Mas não foi esse o entendimento que prevaleceu, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como será a seguir exposto.

4 O direito de greve dos servidores públicos após a Carta de 1988 e o Supremo Tribunal Federal

Vivemos, em todo o mundo, nas últimas décadas o que alguns autores tem chamado de neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo), que é o cenário das "democracias constitucionais, caracterizadas pela positivação de uma Constituição longa e densa, que compreende, além das regras de organização do poder, também um mais ou menos extenso catálogo de direitos fundamentais."[190] Não foi diferente o que ocorreu com a Constituição brasileira de 1988, que apresenta um amplo rol de direitos fundamentais, entre os quais o direito de greve, reconhecido tanto aos trabalhadores da iniciativa privada como aos servidores públicos civis.

Contudo, como explica Antônio Álvares da Silva, não deve o constituinte descer a detalhes de regulamentações: "temas importantes são fixados principiologicamente na Constituição, mas cujo detalhamento se delega ao legislador ordinário"[191] Assim o fez o constituinte de 1988 corretamente em vários assuntos, como no caso do direito de greve.

No caso da greve dos empregados da iniciativa privada, prevista no art. 9º, cujo §1º se referia a uma lei específica, a regulamentação veio pela Lei federal n.º7.783, de 28 de junho de 1989, menos de um ano depois.

---

[189] O Ministro Carlos Velloso, ao despachar a ADIN nº 339-RJ, afastou esse argumento sob a alegação de que: a) a regra do art. 5º, § 1º, da CF, só diz respeito aos direitos inscritos no art. 5º; b) o princípio consagrado no art. 5º, § 1º não é absoluto, devendo ser entendido com temperamentos. A decisão proferida pelo Ministro Carlos Velloso na ADIN 339 – RJ, foi citada pelo próprio Ministro ao proferir o seu voto no MI nº 20 – DF, Rel. Min. Celso de Mello.

[190] POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. *In:*___ e DUARTE, Écio Oto Ramos **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempo de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.p. 79

[191] SILVA, Antônio Álvares. **Greve no serviço público depois da decisão do STF.** São Paulo: LTr, 2008. p. 23.

Já no que toca ao direito de greve dos servidores públicos, embora tenha sido previsto no art. 37, VII, da Carta, ainda não foi regulamentado pelo legislador ordinário, mesmo depois de 25 anos.

Trata-se de situação de verdadeira inconstitucionalidade por omissão, pois, como explica Luís Roberto Barroso, não se trata de uma norma programática, que prevê "um fim a ser alcançado, deixando aos órgãos estatais o juízo da conveniência, oportunidade e conteúdo das condutas a seguir". A inconstitucionalidade por omissão, de outra forma, se configura naqueles casos em que determinadas "normas (constitucionais) especificam o interesse tutelado, apontam um bem jurídico fruível, definem a conduta a ser seguida e geram, *ipso iure*, direito subjetivo à sua obtenção."[192]

Diante de uma situação de omissão legislativa, como esta, a própria Constituição previu um instrumento passível de utilização pelos interessados, o mandado de injunção, incluindo-o entre as garantias fundamentais do art. 5º, nos seguintes termos:

> LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Em razão disso, vários mandados de injunção foram impetrados junto ao Supremo Tribunal Federal, visando possibilitar o exercício do direito de greve dos servidores públicos apesar da ausência de norma regulamentadora.

O primeiro deles foi o MI n.º 20, impetrado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, em 20 de outubro de 1988, que foi julgado pelo Pleno do STF em 19 de maio de 1994. Naquele julgamento, não houve dúvida acerca da mora do Poder Legislativo, que, quase seis anos após a promulgação da Carta Magna, não havia elaborado a citada lei. Contudo, o entendimento acolhido pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, foi no sentido de ser a norma de eficácia limitada, desprovida, consequentemente, de autoaplicabilidade. Em razão disso, nesse julgamento, o STF, apesar de julgá-lo procedente por maioria (restando vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio), reconhecendo a mora

[192] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 159

do Congresso Nacional, restringiu-se a notificar o órgão responsável pela elaboração da legislação necessária, abstendo-se de fixar os parâmetros para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos até que criada a lei complementar em questão. Voto vencido neste ponto, o Ministro Carlos Velloso votou pela aplicação, ao caso dos servidores públicos, da lei de greve n.º 7.783/89. Do mesmo modo, o Ministro Marco Aurélio, embora tenha votado pelo não conhecimento do mandado de injunção, declarou que, caso o fosse, não poderia o STF se limitar a notificar o Congresso Nacional acerca da mora. Ambos os Ministros declararam que, em sede de Mandado de Injunção, a função do Poder Judiciário deveria ser de possibilitar o exercício do direito que estava sendo obstado pela omissão legislativa.

E este posicionamento tímido, de apenas notificar o Poder Legislativo de sua mora em elaborar a legislação necessária, permaneceu sendo majoritário por muito tempo, tendo se verificado apenas um pouco diferente quando do julgamento do MI 232 (que tratava de tema diverso do aqui analisado), em 02 de agosto de 1991, em que, além de notificar a mora, o STF determinou um prazo para que a legislação fosse elaborada, e especificou que, caso o prazo não fosse cumprido, o impetrante teria o direito pleiteado independentemente de lei.

Mas a grande reviravolta ocorreu em 25 de outubro de 2007, quando foi encerrado o julgamento dos MIs n.º 670, impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo, n.º 708, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa, e o n.º 712, de autoria do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará.

Diferentemente do que vinha ocorrendo, neste julgamento, o Plenário do STF entendeu que não podia se limitar à declaração da mora, mas devia propiciar o exercício do direito que vinha sendo obstado pela ausência de legislação. Definiu-se ser o dispositivo de eficácia limitada, determinando, porém, a aplicação provisória da Lei de Greve dos trabalhadores da iniciativa privada (Lei nº 7.783/89) aos servidores públicos, nos limites compatíveis daquela lei, até que haja regulamentação específica. Para tanto, o pleno do STF afastou a aplicação de alguns dispositivos da citada lei, recepcionando os arts. 1º ao 9º, 14, 15, 17 e 18, aos quais estabeleceu adaptações, vindo a forma do que se chamou de “conjunto normativo” apto a regular o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Neste ponto, de fato, o Supremo Tribunal Federal tomou um passo importante, buscando regular um direito fundamental dos servidores públicos que vinha sendo negligenciado. Isto, de acordo com Antônio Alvares da SILVA, vem responder a um reclamo que não é apenas brasileiro, mas mundial: “declaram-se os direitos, mas nada se faz para efetivá-los. A parte substancial está pronta. (...)

Contudo, esta universalidade é fraca na hora da aplicação, (...) não só em razão da demora dos processos, mas também por interpretações restritivas, como foi o caso do STF, que só agora viu a grandeza do instituto e as vantagens de sua aplicação.”[193]

A decisão da Suprema Corte, serviu, até certo ponto, para garantir um mínimo de efetividade ao direito, mas esteve longe de resolver o dilema da greve dos servidores públicos.

Não se nega o caráter revolucionário e o “avanço histórico”[194] que a Constituição Cidadã representou, mas as reflexões de Antônio Álvares da Silva pontuam bem o problema que poderia ter sido resolvido pelo Constituinte de 1988:

> O fato é que o legislador constituinte não teve a coragem de conceder aos servidores públicos o Direito de Greve de maneira ampla e irrestrita, nos moldes da concessão feita ao trabalhador das empresas privadas. Os servidores públicos e a própria nação vão correr o risco de verem a greve neste setor mal regulamentada e restritivamente tratada pelo legislador infraconstitucional, em razão dos preconceitos até hoje existentes entre nossos publicistas.[195]

De fato, há diferenças entre o serviço público e a iniciativa privada, porém não foi apenas este o norte dos Ministros ao estabelecer as adaptações à lei de greve. Ao contrário, por várias vezes, nos votos proferidos e na transcrição dos debates, vê-se que a visão da maioria dos Ministros, senão de todos, era a de que a ausência de regulação estava fazendo proliferar as greves no serviço público, que ocorriam segundo uma “lei da selva”, e o objetivo de limitar o exercício de greve pelos servidores públicos é flagrante.

---

[193] SILVA, Antônio Álvares. Op. cit., 2008. p. 45

[194] Para Zênia Cernov a garantia do direito de greve aos servidores públicos na Constituição de 1988 constituiu um avanço histórico, que aliados a outros direitos, “tornou a vida funcional do servidor público mais protegida dos abusos administrativos”. (CERNOV, Zênia. Op. cit. p. 21

[195] SILVA, Antônio Álvares da. Op. cit., 1993. p. 115

Ou seja, ante à proliferação das greves de servidores públicos, "desapegadas de qualquer procedimento, em movimentos tão livres quanto fortes em seus efeitos"[196], e que vinham conquistando uma série de melhorias em termos de remuneração e condições de trabalho, o STF mostrou-se muito mais apegado à "alegada necessidade de colocar limites ao seu exercício do que na necessidade de efetivar a garantia constitucional."[197]

E isto com base em diversos argumentos, mas principalmente alegando-se a necessidade de continuidade do serviço público, que, como já se viu acima, não pode servir de obstáculo ao exercício do direito de greve. Diante disso, estabeleceu-se, para os servidores públicos, requisitos diferentes e mais rígidos do que aqueles existentes para as categorias da iniciativa privada, como é o caso da necessidade de notificação prévia com 72 horas de antecedência e da manutenção de efetivo mínimo, independentemente do setor ou da função exercida pelos servidores em greve, sem considerar que, como já foi exposto, nem todo serviço público é essencial (e vice-versa).

E, ademais, os efeitos atribuídos à decisão são *erga omnes*, de modo que, atualmente, e até que não seja promulgada lei específica acerca do exercício de greve dos servidores públicos, aqueles que desejem realizá-la, independentemente da categoria específica a que pertençam, sendo servidores públicos, estarão vinculados ao "conjunto normativo" consistente nos arts. 1º ao 9º, 14, 15, 17 e 18, da Lei n.º 7.783/89, com as modificações formuladas pelos Mis n.º 670, 708 e 712, conforme especificado.

5 Considerações finais e perspectivas do direito de greve dos servidores públicos no Brasil

A Constituição da República de 1988 foi um marco para a democratização do direito de greve, em especial, para a greve dos servidores públicos que, pela primeira vez na história brasileira, foi tutelada. No entanto, a ausência de norma regulamentadora do direito de greve permitiu interpretações restritivas, tanto pela

---

[196] CERNOV, Zênia. Op. cit. p. 37.
[197] CERNOV, Zênia. Op. cit. p. 39.

doutrina, como pelo Poder Judiciário, limitando, cada vez mais, o exercício desse direito pelos servidores públicos.

A solução encontrada pelo Poder Judiciário, no julgamento dos mandados de injunção referidos acima, dirimiram, até certo ponto, a controvérsia da possibilidade do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, na medida em que se aplicou balizas fundadas na Lei de Greve dos trabalhadores da iniciativa privada (Lei nº 7.783/89).

Contudo, a frequente judicialização da greve no serviço público, justamente por não haver um marco normativo específico, tornou-se um problema de merecida reflexão. As decisões mais recentes dos Tribunais Superiores deixam claro que a tendência é utilizar do judiciário para coibir o legítimo exercício do direito. Como exemplo, cita-se julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental na Petição nº 7933-DF 2010/0087027-1, de Relatoria do Min. Castro Meira, em que se determinou a manutenção de 80% dos servidores no exercício de suas atividades durante o movimento grevista[198].

Certamente por isso testemunhamos tantas greves no serviço público nas últimas décadas, ante uma intensa reestruturação da Administração Pública, que reflete não só uma reação às limitações dos serviços públicos prestados, como também a desvalorização da identidade profissional dos servidores públicos, com a introdução de técnicas e valores de mercado na relação de trabalho público (assédio moral, trabalho por metas, controle estéril da produtividade, dentre outros).

---

[198] PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA COMBINADA COM AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER. TUTELA ANTECIPADA. GREVE DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL EM EXERCÍCIO NA JUSTIÇA ELEITORAL. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA EVIDENCIADOS. 1. Os agravos regimentais foram interpostos contra decisão liminar proferida nos autos de ação ordinária declaratória de ilegalidade de greve, cumulada com ação de preceito cominatório de obrigação de fazer e de não fazer, e com pedido de liminar ajuizada pela União contra a Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União - FENAJUFE e Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Ministério Público da União - SINDJUS/DF, para que seja suspensa a greve dos servidores do Poder Judiciário Federal em exercício na Justiça Eleitoral em todo o território nacional. 2. Ainda em juízo de cognição sumária, é razoável a manutenção do percentual de no mínimo 80% dos servidores durante o movimento paredista, sob a pena de multa de cem mil reais por dia, principalmente por tratar-se de ano eleitoral. Nesse aspecto, o eminente Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto nos autos da Rcl 6.568/SP, ressalvou que "a análise de cada caso, a partir das particularidades do serviço prestado, deve realizar-se de modo cauteloso com vista a preservar ao máximo a atividade pública, sem, porém, afirmar, intuitivamente, que o movimento grevista é necessariamente ilegal. (DJe de 25.09.09; fl. 786 - sem destaques no original)." (STJ, AgRg na Pet 7933-DF 2010/0087027-1, Rel. Min. Castro Meira, Pub. DJ 16.8.10)

Zenia Cernov já alertou sobre o sentido atribuído pela Constituição quando estabeleceu o direito de greve dos servidores público, dizendo ser "preciso deixar claro (...) que a ideia central do nosso Constituinte foi a de *reconhecer* o direito à greve, e não a de *dificultá-lo*." [199]

Não foi por menos que o Congresso Nacional aprovou a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, por meio do Decreto Legislativo nº 206, de 7 de abril de 2010. Recentemente, em 7.3.13, por meio do Decreto nº 7.944, foram definitivamente promulgadas a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159, finalizando-se o processo de internalização dessas normas no direito pátrio.

A promulgação dos citados instrumentos internacionais exige dos Poderes Públicos a adoção de proposições com referência à liberdade sindical e a procedimentos para determinar as condições de trabalho no serviço público, utilizando-se, em especial, de "mecanismos que permitam a negociação das condições de trabalho entre as autoridades públicas interessadas e as organizações de trabalhadores da Administração Pública"[200].

Nesse contexto, já tramitam no Congresso Nacional vários projetos de lei[201] que visam regulamentar a negociação coletiva, o direito de greve e os direitos dos dirigentes sindicais no âmbito do serviço público. No entanto, é preciso considerar que "os percursos para a concretização do direito não se esgotam, pois, no seu

---

[199] CERNOV, Zênia. Op. cit. p. 40

[200] Cf. artigo 7º da Convenção nº 151 da OIT: "Artigo 7. Devem ser tomadas, quando necessário, medidas adequadas às condições nacionais para encorajar e promover o desenvolvimento e utilização plenos de mecanismos que permitam a negociação das condições de trabalho entre as autoridades públicas interessadas e as organizações de trabalhadores da Administração Pública ou de qualquer outro meio que permita aos representantes dos trabalhadores da Administração Pública participarem na fixação das referidas condições."

[201] Projeto de Lei nº 401/91 de autoria do Dep. Paulo Paim-PT/RS; Projeto de Lei nº 1781/99 de autoria do Dep. Jovair Arantes-PSDB/GO; Projeto de Lei nº 4497/01 de autoria da Dep. Rita Camata-PMDB/ES; Projeto de Lei nº 5662/01 de autoria do Dep. Airton Cascavel-PPS/RR; Projeto de Lei nº 6032/02 de autoria do Poder Executivo; Projeto de Lei nº 6141/02 de autoria da Dep. Iara Bernadi; Projeto de Lei nº 6668/02 de autoria da Dep. Elcione Barbalho-PMDB/PA; Projeto de Lei nº 6775/02 de autoria da Comissão de Legislação Participativa; Projeto de Lei nº 424/03 de autoria do Dep. Paes Landim-PFL/PI; Projeto de Lei nº 1950/03 de autoria do Dep. Eduardo Paes-PSDB/RJ; Projeto de Lei nº 981/07 de autoria do Dep. Regis de Oliveira-PSC/SP; Projeto de Lei nº 3670/08 de autoria da Comissão de Legislação Participativa; Projeto de Lei nº 7378/10 de autoria da Comissão de Legislação Participativa; Projeto de Lei nº 4276/12 de autoria do Dep. Arnaldo Faria de Sá-PT/DF; Projeto de Lei nº 4532/12 de autoria do Dep. Policarpo-PT/DF e Projeto de Lei do Senado nº 710.2011 de autoria do Sen. Aloysio Nunes Ferreira-PSDB/SP.

reconhecimento normativo"[202]. É preciso parametrizar os projetos propostos, tendo em vista a necessária proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores na Administração Pública. Nesse sentido, Cernov pondera que "referida lei, que sobrevier, não poderá ser limitativa a ponto de dificultar seu exercício. Esperamos por uma lei que não vise a "coibir" a proliferação das greves (pensamento que parece ter conduzido o pensamento do STF), mas sim que vise a garantir seu pleno exercício e proteger os que ela exercitem."[203]

No entanto, é preciso considerar que "os percursos para a concretização do direito não se esgotam, pois, no seu reconhecimento normativo"[204]. Assim, ressalte-~~se que, além de uma leg~~islação adequada, é necessário que o Poder Judiciário perceba que, se hoje possui mais poder e maior esfera de atuação, estes servem para que atue como garantidores de direitos fundamentais[205], como é o caso do direito à greve, e não restringindo-o ainda mais.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública: contribuição ao tema da participação em direito administrativo*, 1998. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime dos servidores da administração direta e indireta (direitos e deveres*). 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CERNOV, Zênia. *Greve de servidores públicos.* São Paulo: LTr, 2011.

CRETELLA JÚNIOR. José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. II.

COELHO, Rogério Viola. *A relação de trabalho com o estado: uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação da função pública.* São Paulo: LTR, 1994.

---

[202] SILVA, Sayonara Grillo Leonardo Coutinho da. Prefácio. *In:* PAES, Arnaldo Boson. **Negociação Coletiva na Função Pública**: abordagem crítica do modelo brasileiro a partir do paradigma espanhol. 1ª edição, São Paulo: LTr, 2013. p. 28
[203] CERNOV, Zênia. Op. cit. p. 42
[204] SILVA, Sayonara Grillo Leonardo Coutinho da. Op. cit. p. 28
[205] BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 193 e seg

DALARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos.* 2ª Ed., 2ª tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

DELGADO, Maurício Godinho. Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001a.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

DUARTE NETO, Bento Herculano. *Direito de greve: aspectos genéricos e legislação brasileira.* São Paulo: LTr, 1992.

DUSSEL, Enrique. *El último Marx (1863-1882) y La liberación latinoamericana.* México, Siglo XXI, 1990, p. 373-377.

GUARINELLO, Norberto. O funcionário público e o direito de greve. *In:* NASCIMENTO, Amauri Mascaro; VIDAL NETO, Pedro (Coord.). *Direito de greve: coletânea de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1984. p. 151-159.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. *Greve dos servidores do Estado: lei complementar. Problema atual e sugestões*. In: *Revista do TRT da 8ª Região.*

Belém, v.26, n.50, jan/jul. 1993.

LÓPEZ-MONÍS De CAVO, Carlos. *O direito de greve: experiências internacionais e doutrina da OIT*. São Paulo: LTR: IBRART, 1986.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno.* 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Maildes Alves de. *A greve no direito positivo brasileiro.* Porto Alegre: Síntese. 1980?.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Márcio André Medeiros. *O direito de greve no serviço público.* Curitiba: JM Livraria jurídica e editora, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Comentários à lei de greve.* São Paulo: LTr, 1989.

PAES, Arnaldo Boson. Negociação Coletiva na Função Pública: abordagem crítica do modelo brasileiro a partir do paradigma espanhol. 1ª edição, São Paulo: LTr, 2013.

POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. *In:*

___ e DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempo de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.p.75-183.

ROBOREDO, Maria Lucia Freire. *Greve, lock-out, e uma nova política laboral.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. A greve dos Servidores Públicos. *In: Revista Acadêmica Nacional de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTR, ano I, n.I, 1993.

ROMITA, Arion Sayão. *Servidor púbico: sindicalização, negociação coletiva, conflitos coletivos, direito de greve*. Revista LTr. São Paulo, v.56, n. 07, p. 789-808, jul. 1992.

SILVA, Antônio Álvares da. *Greve no serviço público depois da decisão do STF*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

VIANA, Segadas. *Greve. Direito ou Violência?* São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1959.

CAPÍTULO 8

OBSOLESCÊNCIA DA ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL NA FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE: CONTROLE DIFUSO COMO CONTROLE DE SENTENÇAS E ATOS NORMATIVOS

Evaldo De Souza Da Silva[206]
DOI 10.1111/9788565604208.08

Resumo: Este artigo acadêmico estuda a inconveniência e a vetustez da participação do Senado Federal no controle difuso de normas no Brasil. O primeiro viés estrutural da pesquisa centra-se no confronto desta competência do Senado Federal com as novas técnicas decisórias adotadas hodiernamente pelo Supremo Tribunal Federal na fiscalização incidental de constitucionalidade; o segundo considera elementos estatísticos que corroboram o entendimento de que a intervenção política no controle de constitucionalidade no Brasil está obsoleta.

Palavras-Chave : Constituição Federal. Controle. Constitucionalidade. Difuso. Senado Federal. Supremo Tribunal Federal. Técnicas decisórias.

Abstract: This is an academic article which studies the inconvenience and the obsolescence of Federal Senate participation in the diffuse control of constitutionality in Brazil. The first structural point of the research is based in the confrontation of Federal Senate's competence with the new decision making techniques now adopted by the Supreme Federal Court in incidental constitutionality supervision. The second point considers statistical elements which corroborate to the conception that the political intervention in constitutionality control in Brazil is obsolete.

KEYWORDS: Federal Constitution. Control. Contitutionality. Diffuse. Federal Senate. Supreme Federal Court. Decision Making Techniques.

Introdução

A adoção pelo Supremo Tribunal Federal de novas técnicas de decisões antes aplicadas unicamente ao controle concentrado, tal como a limitação dos efeitos da pronuncia proferida, está a demonstrar que a missão reservada ao Senado Federal

---

[206] Mestre em Direito, Constitição e Socidade, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2011); Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto de Cooperação e Assistência Técnica do Distrito Federal - ICAT/UDF (2010); Pós-Graduado em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2008); Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto de Cooperação e Assistência Técnica do Distrito Federal - ICAT/UDF (2000); Graduado pela Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal AEUDF (1990). Atualmente é Subprocurador-Geral na Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito; Teoria Geral do Processo, Direito Constitucional; Direito Tributário e Direito Processual Civil.

no Controle difuso de normas no Brasil vem sofrendo gradativamente um processo ~~de abandono semântico,~~ vale dizer: de obsolescência[207] da sua importância. Ponto decisivo que leva à reapreciação da importância histórica que a participação do Senado tem no controle de constitucionalidade no Brasil é o fato de que, estatisticamente falando, o controle difuso de normas, salvo raras exceções, funciona mais como um controle de sentenças e atos normativos incorretos que propriamente como um controle de compatibilidade vertical de normas com a Constituição Federal, querendo isso significar que o Supremo Tribunal Federal, na atualidade, especialmente no campo do recurso extraordinário, acaba atuando mais como órgão que corrige interpretações equivocadas da Constituição Federal provenientes dos demais tribunais brasileiros que propriamente como uma Corte que declara a incompatibilidade vertical de leis e atos normativos com a Constituição Federal. A perda de relevância jurídica e de eficácia soci ológica da competência reservada ao Senado Federal no inciso X do art. 52 da Constituição Federal é ainda revelada pela diversificação dos legitimados para propositura da ação direita de inconstitucionalidade. A ampliação dos meios de acesso ao Supremo Tribunal Federal com a criação do mandado de injunção e da ação de descumprimento de preceito fundamental, dentre outras, também exerceram fortes influencias na perda de relevância da missão reservada ao Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

É bem de ver, pois, que a pretensão do presente estudo, além de comprovar que, estatisticamente, o Supremo Tribunal Federal, na fiscalização difusa de normas, vem atuando mais como órgão de controle de sentenças e atos normativos equivocados que propriamente como uma Corte que declara a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, é precisamente a de demonstrar como, gradativamente, o comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal está perdendo importância, tornando obsoleto por excelência.

---

[207] A expressão foi tomada por empréstimo de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, quais, certa feita, escreveram que "a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência." (*Curso de direito* ..., op. cit., 1029).

2 Desenvolvimento

O presente Trabalho será desenvolvido com base na abordagem de temas que estão intimamente ligados ao instituto previsto no inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Assim, serão enfrentados temas como Origem da Competência Reservada ao Senado Federal no Controle Difuso; Razão da Participação do Senado Federal no Controle Difuso de Normas no Brasil, Processo Evolutivo de Obsolescência da Competência do Senado Federal para Atuar no Controle Difuso de Normas no Brasil, a Prevalência dos *Precedentes,* Decisões Proferidas em Ambiente de Controle Difuso de Constitucionalidade; Transcendência dos Fundamentos Determinantes e Ineficácia da Resolução do Senado Federal no pertinente à Norma Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

2.1 Origem da Competência Reservada ao Senado Federal no Controle Difuso

A origem da participação do Senado Federal no Controle difuso de normas, conquanto tenha sido a referida competência constitucionalizada na Carta Política de 1934, remonta à Constituição Imperial e ao surgimento do próprio controle de normas no ordenamento jurídico brasileiro. Relembre-se que o florescer do controle de normas no Brasil foi altamente influenciado pelas escolas francesa e inglesa do Direito, para as quais não competiria ao Poder Judiciário dizer sobre a validade ou a invalidade de uma determinada lei, sendo que essa missão estava reservada tão somente ao Poder Legislativo. Veja-se, pois, que na Carta Política de 1824, o controle de constitucionalidade operava-se unicamente pelo método preventivo, vedado que era, por prevalência dos ensinamentos vindos da França e da Inglaterra, a adoção do método repressivo, tal como hoje existente.

Com a Constituição de 1891, agora sob forte influência do Direito estadunidense, o Brasil passa a admitir o controle de constitucionalidade de método repressivo, cabendo aqui relembrar que a primeira manifestação sobre esse método de controle de normas foi introduzida no nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 848/1890. Conquanto a essa época tenha-se admitido a intervenção do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade de normas, não há como negar que, neste momento, ainda pairavam resistências das correntes

doutrinárias que faziam coro aos ensinamentos das escolas francesa e inglesa do Direito, as quais, vale repetir, de forma diametralmente oposta às linhas que demarcavam a escola de Direito norte-americana, repudiavam a participação de outro Poder que não o Legislativo na fiscalização das normas por ele editadas.

É com a Constituição Republicana de 1934[208] que surge a competência do Senado Federal para atuar no controle difuso de normas. Registre-se que é também neste texto constitucional que a regra da reserva de plenário foi elevada ao patamar constitucional. Ainda nesta Carta política surgem o mandado de segurança e a ação popular. Especificamente no que se refere à essa competência reservada ao Senado Federal, é de bom alvitre assinalar que dita atribuição veio, uma vez mais, demonstrar que o Direito Constitucional pátrio, àquele tempo, ainda estava a sofrer marcantes influências das escolas do constitucionalismo inglês e francês. E é justamente dentro dessa moldura fática que surge a especialíssima competência do Senado Federal, quadrando, pois, evidenciar que, na origem, a competência para o Senado Federal atuar no controle difuso de normas, emprestando eficácia *erga omnes às* decisões sobre inconstitucionalidade prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, veio ao ordenamento jurídico pátrio com a específica missão de funcionar como uma espécie de limitador (controle do controle) da competência de fiscalização de constitucionalidade de método repressivo exercida pelo Poder Judiciário, e não, necessariamente, para limitar o alcance, os efeitos mesmos das decisões proferidas pela Corte Maior. Como se vê, porque se vivia, àquela época, um período de transição entre os ensinamentos das escolas inglesa e francesa do Direito e as novidades da escola estadunidense, o equilíbrio entre os Poderes passou a se concretizar mediante temperamentos entre as três escolas de Direito, sendo essa, verdadeiramente, a razão pela qual a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, para ser estendidas às demais causas similares, ficou

[208] Eis as redações originais dos imperativos constitucionais que deram corpo a intervenção do Senado Federal no controle difuso de normas: Art 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato gove rnamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato

subordinada à prévia pronúncia do Senado Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República.

A Constituição Federal de 1937[209] aboliu a participação do Senado Federal no Controle difuso de constitucionalidade, fazendo-o com amparo em uma questão de pura lógica. É que neste período do Direito Constitucional brasileiro era dado ao Poder Executivo reapresentar ao Congresso Nacional a norma tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, fato que dispensava a intervenção solitária do Senado Federal, porque se o Congresso Nacional confirmasse a decisão da Corte Maior, essa decisão já nasceria com a eficácia *erga omnes*. A competência do Senado Federal para intervir no controle de constitucionalidade difuso, emprestando eficácia geral à decisão do Supremo Tribunal Federal, foi ressuscitada na Constituição de 1946. É também nesta Carta Política que se restabelecem algumas das garantias então surrupiadas pelo regime getulista, como o mandado de segurança, a ação popular e - por que não dizer - o real direito de o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Importante que se deixe assentado que na Constituição Federal de 1946 o instituto da *reapresentação*[210] foi extinto, modo pelo qual se tornou justificável, ainda à luz das escolas francesa e inglesa do Direito, a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. O registro que deve ser feito quanto redação do comando constitucional da Carta de 1946 que permitia a intervenção do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade é o de que o mesmo só aludiu à lei e ao decreto, não mais fazendo referência a ato, deliberação ou regulamento. A redação, portanto, tornou-se mais enxuta, conquanto tenha passado a ostentar a expressão definitiva como qualificadora das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal federal. Vale ainda trazer à colação, neste particular, o fato desta Carta Política não ter definido a competência para comunicação do ato processual declaratório da inconstitucionalidade ao Senado Federal, passando, então, tal competência, a ser exercida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, à luz do que preceituava o art. 26, inciso 7, do Regimento Interno de 1940. Sublinhe-se que na Carta de

[209] Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal
[210] Entendido o termo como a possibilidade que detinha o Poder Executivo de reapresentar ao Congresso Nacional a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

1934, essa missão fora constitucionalmente reservada ao Procurador-Geral da República.

Com o novo período republicano inaugurado com a Constituição Federal de 1967[211], manteve-se a competência do Senado Federal para intervir no procedimento de declaração de inconstitucionalidade difuso, emprestando-se, com tal providência, à lei ou ao decreto tido por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia geral, diga-se *erga omnes*. As emendas constitucionais que atingiram a Constituição Federal de 1967 não alteram o comando que reservava ao Senado Federal a missão de intervir no controle difuso de constitucionalidade de normas, sendo certo que também naquele tempo ficou reservado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, por força do art. 180 do Regimento Interno de 1970, a função de comunicar o ato processual declaratório da inconstitucionalidade ao Senado Federal. Passagem que deve ser evidenciada no pertinente ao controle de constitucionalidade na vigência da Constituição de 1967, diz com a decisão administrativa tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal de não mais comunicar ao Senado Federal as decisões declaratórias de inconstitucionalidades proferidas em ambiente de controle abstrato de normas. Essa decisão constituiu um marco na superação dos vetustos dogmas das escolas francesas e inglesas do Direito, que negavam ao Poder Judiciário o direito de invalidar leis debatidas, votadas e aprovadas pelo Poder Legislativo. Destaque-se que o processo administrativo do qual derivou tal entendimento teve como relator o Ministro Moreira Alves[212], o qual concluiu que, nestas hipóteses, fazia-se dispensável a intervenção do Senado Federal para que a decisão obtivesse eficácia *erga omnes*.

A Constituição Federal de 1988[213] preservou a competência do Senado Federal para intervir no controle difuso de constitucionalidade, mantendo a mesma redação presente na Constituição de 1967. Merece ainda ser destacado que, conquanto já deliberado administrativamente pelo Supremo Tribunal Federal, os

---

211 Carta Política de 1967: Art 45 - Compete ainda privativamente, ao Senado: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais. por decisão

212 Confira-se, nesse sentido, Parecer do Min. Moreira Alves, publicado no Diário de Justiça de 16 de maio de 1977, p. 3123-3124.

213 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

constituintes da Carta Política de 1988 nada firmaram quanto aos efeitos e quanto à eficácia da decisão de inconstitucionalidade proferida em ambiente de controle concentrado de normas, modo pelo qual permaneceu a Corte Maior a aplicar a orientação anterior, via da qual se dispensava a comunicação ao Senado Federal para que esta (decisão) obtivesse eficácia geral e efeito vinculante.

2.2 A verdadeira Razão da Participação do Senado Federal no Controle Difuso de Normas no Brasil

Como se pode perceber, o estudo da história do Direito Constitucional brasileiro, especificamente no que toca à competência do Senado Federal para intervir no controle difuso de constitucionalidade, deve ser visto tão somente como um meio utilizado pelos constituintes de 1933 para harmonizar os ensinamentos das escolas francesa e inglesa do Direito - quais negavam peremptoriamente ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei - com os preceitos da escola estadunidense de Direito - qual proclama a competência do Poder Judiciário para assim proceder. O Certo, portanto, é que não se deve ter o preceptivo que confere ao Senado Federal competência para atuar na fiscalização difusa de constitucionalidade (controle do controle) como algo intransponível, visto que na atualidade até os franceses, cujo controle de normas era somente preventivo e político, já estão a conceber que, em hipóteses que digam com direitos e liberdades garantidas na Constituição daquele País, a Corte Constitucional (órgão não judicial) exerça o controle de constitucionalidade mesmo depois de publicada a lei objeto da sindicância (controle repressivo), bastando, para tanto, que, preenchidas as condições de admissibilidade, seja a argüição de incompatibilidade vertical suscitada e aceita no bojo de um processo judicial ou administrativo[214].

E é exatamente dentro dessa quadra fática, marcada pela superação de dogmas do antigo Direito Constitucional, que se está autorizado a afirmar que o comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 está sofrendo um gradativo e interminável processo de obsolescência, decorrente essa

[214] C.f. Dirley da Cunha Júnior in *O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008*. Encontrável em http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/OControlede_Constitucionalidade_na_Franca_e_as Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.

(obsolescência) das alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 03/93 e 45/04 e das inúmeras modificações levadas a efeito na seara do Processo Civil brasileiro, viradas legislativas tais que acabaram por dar prevalência aos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o que será demonstrado doravante.

2.3 O Processo Evolutivo de Obsolescência da Competência do Senado Federal para Atuar no Controle Difuso de Normas no Brasil

Muito embora o constituinte de 1988 tenha mantido, no art. 52, inciso X, da ~~Constituição Federal, a~~ competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o certo é que, paradoxalmente, esse mesmo legislador acabou por fragilizar tal comando constitucional na medida em que alargou a competência para a fiscalização abstrata de normas. Isso porque no art. 103 da mesma Carta Política, além do Procurador-Geral da República - único titular deste tipo de ação ao tempo da Carta de 1967/69 - foram também autorizados a iniciar o controle abstrato de normas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e, finalmente, as confederações sindicais ou as entidade de classe de âmbito nacional. A questão que aqui se coloca é de pura lógica, ou seja: se na fiscalização abstrata a pronúncia do Supremo Tribunal Federal tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sem que para isso se faça necessário a intervenção do Senado Federal, e se a legitimidade ativa para movimentação desse modelo de controle repressivo foi consideravelmente ampliada, o natural é que as demandas que questionem a compatibilidade de normas com a Constituição Federal cheguem à Corte Maior na via da ação direita. Se tal assertiva é verdadeira, parece ilógico imaginar que somente nas hipóteses de investigação difusa de constitucionalidade o Senado Federal tenha que atuar, até porque a norma que for declarada inconstitucional no modelo difuso poderá vir, ao depois, ser também declarada inconstitucional no modelo concentrado. Afora essa incompatibilidade de ordem puramente lógica, a criação da ação de descumprimento de preceito

fundamental, instrumento manejável pelo modelo concentrado de normas, mas que se instaura em face de um caso concreto, também veio a informar a obsolescência do comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Isso porque, agora, por via da ADPF, poder-se-á alcançar decisão que tenha eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a partir de um caso concreto, e, mais interessante ainda, sem a necessidade de interveniência do Senado Federal.

A Emenda Constitucional de nº 03, de 10.03.1993, trouxe como grande novidade para o cenário do controle de normas no Brasil a ação declaratória de constitucionalidade, por via da qual se passou a exigir do Supremo Tribunal Federal não o reconhecimento de incompatibilidade da lei ou ato normativo do poder público com a Constituição, antes a compatibilidade desses com a Carta Política. Inicialmente, esse tipo procedimental de fiscalização de normas esteve limitado à iniciativa do Presidente da República, do Procurador-Geral da República e das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo que, ao depois, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004, a legitimidade para inauguração dessa ação foi estendida para todos aqueles elencados no art. 103 da Carta Política. O que deve ficar retido relativamente à ação declaratória de constitucionalidade é que ela tem lugar quando houver divergência de interpretação sobre uma determinada norma frente à Constituição Federal. Vale dizer: quando se tiver dúvidas, manifestadas por diferentes de decisões tribunais judiciais, sobre ser ou não ser uma especifica lei ou um dado ato do poder público compatível verticalmente com a Constituição Federal. E é justamente aqui, neste particular da divergência entre decisões de tribunais judiciais, que a ação declaratória de constitucionalidade contribui para a obsolescência do comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, porquanto, uma vez mais, se está diante de uma hipótese gerada a partir de um caso concreto, cuja decisão o Supremo Tribunal Federal não precisará submeter ao crivo do Senado Federal para obter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Rememore-se, aliás, que a própria Emenda Constitucional de nº 03/93 já trouxera explicitamente a previsão dessa eficácia e desse efeito, tal como se pode apurar pela leitura do então § 2º do art. 102, *verbis*: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante

relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Ainda como forma de comprovar que a função atribuída ao Senado Federal no inciso X do art. 52 da Constituição Federal está perdendo força jurídica, e, especialmente, *eficácia sociológica*, traz-se à colação o fato de que também às decisões prolatadas nas ações de descumprimento de preceito fundamental se está atribuindo, por força do comando contido no § 3º do art. 10 da Lei federal 9.882/99, eficácia contra todos e efeito vinculante contra os demais órgãos do poder público, fato esse bastante a atesta que, não só em processo de modelo concentrado e abstrato, (ADC e ADI), dispensa-se a intervenção do Senado Federal para a perda de eficácia da norma sindicada pelo Supremo Tribunal Federal, certo que na ação de descumprimento de preceito fundamental - conquanto seja essa (ADPF) classificada como pertencente ao modelo concentrado - a fiscalização de compatibilidade que nela se opera é de método concreto, vale dizer: exige um fato concreto. O certo é que os argumentos que foram até aqui colacionados autorizam a defesa do entendimento de que a Emenda Constitucional nº 03/93 e as Leis federais que dela surgiram debilitaram ainda mais a competência do Senado Federal para atuar no controle difuso de normas no Brasil.

A Emenda Constitucional nº 45/04 ratificou a tese de obsolescência da competência do Senado Federal para atuar no controle difuso de normas e implantou os instrumentos jurídicos que faltavam para consagrar o entendimento de que, decididamente, edificou-se um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Assim é porque a instituição da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral, porque terem emprestado maior força aos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, calibraram definitivamente a tese de que o comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal está ultrapassado, vetusto mesmo. Sem delongas, não há como se compreender a necessidade de intervenção do Senado Federal em processo que tenha servido de modelo para a instituição de uma Súmula Vinculante, até porque, nesta hipótese, a norma, quer no âmbito do Poder Judiciário, quer nos três níveis da administração pública direta ou indireta, já terá, na prática, perdido a sua eficácia, à razão de que esses órgãos estão vinculados à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo registrar que a não observância do enunciado da referida Súmula autoriza o

manejo de reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal para fazer valer a decisão colegiada. Na mesma linha de pensamento, inadmissível é refletir sobre a intervenção da Câmara Alta quando o Supremo Tribunal Federal tenha decidido tema acobertado por Repercussão Geral. Isso porque, neste caso, o julgado da Corte Maior funcionará como *precedente* para os demais tribunais brasileiro, circunstância essa que, por via oblíqua, seja na hipótese de declaração de inconstitucionalidade da norma, seja na hipótese de interpretação que a Corte lhe tenha atribuído, o que passa a valer é a decisão de inconstitucionalidade ou a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de manifestação do Senado Federal, e isso por conta do que posto nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 543-B do Código de Processo Civil. Ao falar-se sobre a Emenda Constitucional 45/04, não se pode deixar de anotar que a mesma ampliou os legitimados para proporem a ação declaratória de constitucionalidade, fato esse que, tal como afirmado linhas atrás, possibilitou o debate de demandas marcadas pela concretude diretamente no Supremo Tribunal Federal, enfraquecendo, com isso, a orientação normativa inserta no inciso X do Art. 52 da Constituição Federal. Como se vê, as alterações que foram impostas à Constituição Federal pela

Emenda Constitucional de nº 45/04 contribuíram decisivamente para o fortalecimento do entendimento de que a participação do Senado Federal no Controle difuso de normas está sofrendo um processo gradual de obsolescência. Isso porque a perda de eficácia e a atribuição de efeito *erga omnes* à norma declarada inconstitucional em controle difuso quais somente eram alcançadas com a intervenção do Senado Federal passaram também ser alcançadas com a Súmula Vinculante e, por que não dizer, com as decisões proferidas nos recursos extraordinários julgados com o prévio reconhecimento da repercussão geral. Relembre-se que, no primeiro caso, esses resultados são alcançados porque a orientação contida na Súmula Vinculante deve ser seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; no segundo,a hipótese, esses resultados são alcançados porque a decisão proferida no recurso extraordinário ao qual se tenha atribuído repercussão geral servirá de parâmetro para as futuras decisões que forem tomadas sobre o mesmo tema, vale dizer: passará a funcionar como precedente, sobretudo em razão das alterações que foram impostas

ao Processo Civil pátrio com a regulamentação desse novo instituto (repercussão geral).

2.4 A prevalência dos *Precedentes*

Fato insuperável para aqueles que se dedicam a pesquisar a evolução do Direito Processual Civil Constitucional pátrio reside na constatação de que as alterações legislativas recentes pertinentes à fiscalização de constitucionalidade no Brasil têm como pilar central a prevalência dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, fato qual que vem uma vez mais demonstrar que a função reservada ao Senado Federal pelo inciso X do art. 52 da Carta Política está paulatinamente perdendo força, atingida que foi a mesma pela modernização do Processo Civil Constitucional brasileiro, qual claramente se contrapõe à vetustez do preceptivo constitucional aludido.

Importante esclarecer que não se vai neste estudo descer a detalhes sobre como se está estabelecendo paulatinamente uma teoria dos *precedentes* no Direito Processual Constitucional brasileiro. Isso será feito em uma pesquisa específica. Todavia, impõe-se rememorar que o parágrafo único do art. 481, o § 1º do art. 518, o *caput* e o § 1º-A do art. 557 e o art. 543-A, todos do Código de Processo Civil, são exemplos claros da força dos *precedentes* no Direito pátrio. Mais que isso: são exemplos incontestáveis da incompatibilidade hoje verificada entre as competências reservadas aos Juízes, Desembargadores e Ministros e a missão conferida ao Senado Federal no controle difuso de normas brasileiro. Dentro dessa linha de raciocínio, ainda que se pretenda defender que a *perda de eficácia formal* da normal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal somente pode ser alcançada com a Resolução do Senado Federal que assim a declare, não há como ignorar a realidade fática e negar que na hipótese do controle difuso de normas existe *perda de eficácia material*, qual se concretiza diuturnamente com a aplicação dos imperativos legais antes citados.

2.5 Decisões Proferidas em ambiente de Controle Difuso de Constitucionalidade: Controle de Constitucionalidade ou Controle de Sentenças e Atos Normativos?

Naquilo que interessa ao programa deste estudo, não se pode abandonar a abordagem das diferenciadas decisões que podem ser proferidas em ambiente de controle difuso de constitucionalidade de normas no Brasil, até porque da análise dessas espécies decisórias pode-se extrair fundamentos que justifiquem, mais ainda, a obsolescência do comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Esclareça-se, por oportuno, que tão-somente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que pronunciem juízo de desvalor em re lação à norma escrutinada são suscetíveis à remessa ao Senado Federal para que ocorra a suspensão formal da sua eficácia. Decisões outras, que não expressem incompatibilidade da norma sindicada com a Constituição Federal, não são apanhadas pela excepcional competência reservada à Câmara Alta. Percorrendo- se essa maneira de pensar, pode-se então afirmar que a decisão que reconhece a não-recepção de determinada norma em face de novo ordenamento jurídico instaurado com a promulgação de outra Constituição, conquanto afaste-lhe a aplicação, suprima-lhe a eficácia, não se lança à competência resolutiva ofertada ao Senado Federal, porquanto tal forma de proceder não implica declaração de inconstitucionalidade da norma sindicada[215]. Na mesma situação estão as decisões da Corte Maior que interpretam a norma conforme a Constituição, porquanto também nestas hipóteses não tem lugar o juízo de desvalor da norma, mas tão somente a indicação de como a mesma deve ser interpretada para não se chocar com a Carta Política. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, conquanto resulte em desvalor da norma escrutinada, curiosamente também não é submetida ao crivo do Senado Federal, tendo em vista que a inconstitucionalidade, nesta hipótese, não recai sobre o texto da norma, mas sim sobre umas das possíveis interpretações que dela se pode extrair. A possibilidade modulação dos efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário ocupa lugar de destaque nas técnicas decisórias que informam a obsolescência da competência do Senado Federal prevista no inciso X do art. 52 da Constituição

---

[215] Cf A. Lúcio Bittencourt *in O controle jurisdicional da*,... op. cit., p. 115).

Federal. Assim é porque, ao proceder dessa forma, o Supremo Tribunal Federal demarca a partir de que momento a norma sindicada deve ter a sua incompatibilidade vertical reconhecida, com o que abandona, naquele caso específico, o entendimento de que a lei inconstitucional é lei nula[216] para acolher a concepção de sua anulabilidade, segundo a qual a lei, mesmo tendo sido declarada inconstitucional, pode ser considerada eficaz por um te mpo, bastando, para tanto, que assim decida o Supremo Tribunal Federal por votação qualificada. Ora, se Supremo Tribunal Federal, mediante a aplicação da técnica da modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, pode afirmar até que momento a norma escrutinada deve ser considerada como tendo eficácia, emprestando -lhe, pois, efeitos *ex nunc*, como compatibilizar essa prática com a atuação do Senado Federal, cuja Resolução de suspensão, segundo doutrina de grande respeitabilidade, também tem efeitos *ex nunc*? Parece certo, portanto, que, nesta situação, dois órgãos da República, o Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal, atuem com o objetivo de alcançar o mesmo fim, qual o de suspender a eficácia da lei com efeitos *ex nunc*[217], fato tal que, a toda evidência, não presta as honras devidas à lógica e, sobretudo, a separação de função de cada Poder.

Ainda em tema de técnicas de decisão, é indispensável anotar que na ~~maior das vezes, em s~~ede de controle difuso, especialmente nos recursos extraordinários, o Supremo Tribunal Federal não proclama a incompatibilidade da norma sindicada com a Carta Política, antes corrige interpretações equivocadas postas em julgados e atos normativos do poder público. Essa assertiva é confirmada por pesquisa feita no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal nas 40 (quarenta) primeiras decisões proferidas em recursos extraordinários com Repercussão Geral[218], cujo resultado indicou que somente 08 (oito)[219] delas

---

[216] Op. cit., p.p. 133-134.

[217] Cf. José Afonso da Silva *in Curso de direito* ..., op. cit., p. 54).

[218] Foram consultados os seguintes recursos extraordinários 583.955, 344.944 (591.340), 587.365, 576.845, 572.052, 575.089, 377.457 (575.093), 579.648, 568.596, 579.951, 562.051, 578.695, 562.980, 575.144, 563.965, 572.762, 573. 202, 573.675, 576.189, 577.025, 567.801 (500171), 569.056, 565.714, 561.574 (561.572), 560.626 (559.943), 570.177, 597.994, 567.454, 590.260, 566.032(561.484 e 577.348), 527.602 (AI 715.423), 577.302, 590.409, 691.876, 570.908 (591.874) 570.680, 584.100, 592.905, 585.535 e 573.540. Dados colhidos no Relatório sobre Repercussão Geral, encontrável no seguinte endereço eletrônico. <http://www.STF.JUS.br>. Acesso em 05.12.2010.

[219] Esses os recursos extraordinários que versaram tema de inconstitucionalidade: 573.540, 527.602 (AI 715.423), 560.626 (559.943), 565.714, 500.171, 577.025, 573. 675, e 575144.

versaram tema relacionado à declaração de inconstitucionalidade, ou seja: somente 20% (vinte por cento) dos primeiros 40 (quarenta) recursos extraordinários com repercussão geral trataram de temas ligados à declaração de incompatibilidade de norma com a Constituição. Há mais a dizer: somente em 04 (quatro)[220] desses 08 (oito) recursos referidos, ou seja, em 10% (dez por cento), houve declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal. Nos demais casos, ou se pronunciou a incompatibilidade da decisão recorrida com a Carta Política Federal, ou se confirmou decisões de inconstitucionalidades proferidas por tribunais estaduais, mas com parâmetro de controle estadual. Dessa pequena incursão empírica[221], pode-se extrair, com larga clareza, que, sob a ótica estatística, na atualidade, a principal missão exercida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de recursos extraordinários, curiosamente, não é a de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, antes a de corrigir interpretações equivocadas feitas pelos tribunais inferiores. Mais curioso ainda é reconhecer que essa constatação comprova, uma vez mais, que o atual cenário criado para o controle difuso de normas brasileiro não é o mesmo do tempo em que se conferiu ao Senado Federal a competência para intervir na atividade fiscalizadora de normas no Brasil.

Por tudo quanto posto neste tópico, sobressai claro o entendimento segundo o qual as técnicas de decisão hoje utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de normas, além de informar a obsolescência da competência do Senado Federal para intervir no controle de normas, indicam que essa Corte Maior tem atuado não só como órgão verificador da compatibilidade vertical de normas com a Constituição Federal, mas e sim e sobretudo como órgão controlador de sentenças e atos normativos construídos a partir de interpretações equivocadas feitas pelos Tribunais pátrios.

---

[220] Esse os recursos extraordinários que declararam a inconstitucionalidade de norma: 573.540, 527.602, 560526 (559.943) e 565.714

[221] Anote-se que a pesquisa está limitada aos casos com repercussão geral reconhecida e julgada, tal como levantado no seguinte endereço eletrônico: <http://www.STF.JUS.br>. Acesso em 03.12.2010

2.6 A Evolução da Jurisprudência

O plenário do Supremo Tribunal Federal tem emitido sinais claros de que vai adotar definitivamente a tese de que a atuação do Senado Federal no controle concreto de constitucionalidade está obsoleta, vetusta mesma, porquanto os efeitos decorrentes da Resolução aprovada por aquela Casa Congressual podem, na prática processual, ser alcançados com a simples decisão proferida pelo pleno da Corte Maior. Nesse sentido, a posição adotada pelo Ministro Eros Roberto Grau no julgamento da reclamação nº 4335/AC, oportunidade na qual o douto Ministro explicitou que o comando previsto no art. 52, inciso X, da Carta Política deve ser visto como tendo sofrido uma verdadeira mutação constitucional face à força normativa que emana da decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual, na visão do Ministro, é bastante a suspender a execução da lei. Importante registrar que a opinião do Ministro Eros Roberto Grau, relativamente à competência do Senado Federal no controle difuso não é solitária, porquanto nesse sentido já se havia manifestado, em obra sua, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para o qual a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade está a exigir uma releitura, certo que, na atual sistemática, a atuação daquela Casa Congressual no procedimento de suspensão da lei tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem caráter meramente publicitário. Com efeito, se o Direito Processual Civil (arts. 481 e 557) e o Direito Constitucional (Súmula Vinculantes e Repercussão Geral) dispõem hoje de instrumentos capazes de impedir que uma lei declarada inconstitucional pelo pleno do Supremo Tribunal Federal seja aplicada a casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário (*perda de eficácia material*), não há como se compreender a necessidade da atuação do Senado Federal no controle concreto de constitucionalidade, pelo que se revela efetivamente vetusto o procedimento previsto no inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

O certo é que, no Supremo Tribunal Federal, a tendência em considerar dispensável a atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade vem ganhando corpo a cada dia, até porque múltiplos são os julgados que, pouco a pouco, caminham no sentido de consolidar esta tese, qual, inegavelmente, tem como pano de fundo a adoção da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes nas decisões proferidas em ambiente de contro le concreto de constitucionalidade no Brasil.

2.6.1 A Transcendência dos Fundamentos Determinantes

Escapando da trilha das alterações processuais que indicam a obsolescência da competência do Senado Federal no controle de normas e lançando ancoras sobre técnicas constitucionais que de igual modo contribuem para essa nova quadra processual constitucional, é que se passa a enfrentar o tema da transcendência dos fundamentos determinantes em ambiente de controle incidental de normas. Para bem delimitar essa temática, vale trazer à colação o pensamento externado pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do recurso extraordinário nº 376.852/SC[222], no qual Sua Excelência lança luzes sobre as alterações impostas na legislação processual civil/constitucional para destacar que ditas mudanças, para além de emprestarem racionalização à atuação do Supremo Tribunal Federal na via do controle concreto, revelam uma tendência da legislação pátria em afastar o caráter unicamente subjetivo neste tipo de controle.

A mudança de entendimento quanto aos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso de constitucionalidade, contudo, não é e nunca foi tema pacífico no Direito Brasileiro, porquanto existiram e existem autores que rechaçaram a idéia de que a pronuncia feita nessa via processual pudesse ser estendida a outros processos similares. Nesse sentido, a

---

[222] Como se pode conferir pela seguinte passagem: Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual "*a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo*" dotada de uma "*dupla função*", subjetiva e objetiva, "*consistindo esta última em assegurar o direito constitucional objetivo* [..]".

posição defendida por Alfredo Buzaid, o qual proclamava a construção jurídica segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade incidental, por ser prejudicial e fundamento do pedido ou da defesa, não se revestia com o manto da coisa julgada e tampouco se projetava para além das partes e, mesmo *inter partes,* fora do processo em que foi prolatada. Ainda nessa linha de raciocínio conservadora é o entendimento manifestado pelo professor José Carlos Barbosa Moreira, cuja forma da abordagem, pela sua importância, reclama a sua integral transcrição, sobretudo porque revela, com nitidez, o pensamente então reinante:

No próprio Supremo Tribunal Federal h´pa divergencias sobre o tema, podendo ser citado como exemplo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da reclamação nº 447/PE, na qual o Ministro relator deixou assentado que os pronunciamentos daquela Corte, lançados em conflitos de jurisdição e nos recursos extraordinários, têm eficácia apenas *inter partes*, não *erga omnes*, por encerrarem apenas controle concreto de constitucionalidade. Ainda do Supremo Tribunal Federal vem o registro feito pelo Ministro Sydney Sanches no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 91/SE em ordem a deixar claro que a declaração incidental só é possível, no controle concreto de constitucionalidade, com eficácia *inter partes,* e sujeita à deliberação do Senado Federal para que possa alcançar efeitos *erga omnes*.

Em que pese a divergência doutrinária e também jurisprudencial que imperou e ainda impera no tocante à adoção da técnica de transcendência dos fundamentos determinantes em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o certo é que para matérias constitucionais específicas levadas a apreciação daquela Corte Jurídica tornou-se prática corrente a adoção dessa técnica decisória. Cite-se como exemplo as decisões proferidas em tema de inconstitucionalidades de leis municipais, para as quais a Corte passou a estender a outras situações similares, com suporte no art. 557, § 1-A, do Código de Processo Civil, a decisão paradigma proferida em recurso extraordinário no qual foi a questão resolvida. Ainda nesse sentido decisões prolatadas em recursos extraordinários que versam sobre COFINS e debatem a constitucionalidade do art. 8º da lei 9.718/84.

Tudo o que foi até aqui exposto relativamente à técnica de transcendência dos fundamentos determinantes em sede de controle difuso de constitucionalidade, em verdade, tão-somente vem de reforçar entendimento já por outras vezes lançados neste estudo, qual seja: o de que as alterações impostas ao longo dos tempos ao Código de Processo Civil brasileiro - dentre as quais a introdução do § 1º ao art. 557 e a introdução do parágrafo único ao art. 481 - desenharam um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil e suprimiram na prática a competência do Senado Federal para intervir no controle difuso de normas.

2.7 Ineficácia Material da Norma Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e Ineficácia Sociológica do Dispositivo Constitucional que Concede Competência ao Senado Federal para Atuar no Controle Difuso de Normas

Demonstrada a obsolescência do comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, coloca-se a questão central deste estudo, qual seja: a de saber-se qual o resultado prático da pronúncia difusa de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal relativamente à eficácia da norma sindicada e no pertinente à competência reservada ao Senado Federal pelo inciso X do art. 52 da Carta Política.

2.7.1 Ineficácia Material e Ineficácia Formal da Norma Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

Tomando-se em linha de consideração as diferentes teorias que procuram explicar a norma jurídica[223], não há dúvida de que, em princípio, a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente difuso continua existindo, porquanto o campo da existência diz com a competência para a criação da norma jurídica. Se assim é, a norma declarada inconstitucional pelo Supremo

---

[223] onfira-se, dentre outros, Hans Kelsen, (*Teoria pura do direito*, p.p. 235-238); Hebert Hart (*O conceito de direito*, p. 103-109); Luigi Ferrajoli (*Conceito de direito*, 701-709); Miguel Reale (lições preliminares ..., op, cit., p.p. 93 a 115); Norberto Bobbio (Teoria da norma jurídica, p.p. 45-69).

Tribunal Federal somente deixará de existir quando a Corte entender que o órgão que a criou não era competente para tal e isso em ambiente de controle abstrato, não no difuso. Ressalvada a hipótese de declaração de inconstitucionalidade abstrata em face da incompetência de iniciativa - declaração de incompatibilidade formal - a pronúncia de inconstitucionalidade feita difusamente pelo Supremo Tribunal Federal não interfere na vigência da norma. Isso porque a declaração de incompatibilidade da lei ou do ato normativo do poder público com a Carta Política implica reconhecimento de sua invalidade, não de sua vigência, até porque a vigência está relacionada com o ingresso da norma no mundo jurídico, logicamente, ao depois de constatada a sua existência.

Partindo-se do que foi até aqui colacionado quanto à existência e quanto à vigência da norma, fácil concluir que a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei ou de um dado ato normativo do poder público tem como conseqüência natural e inarredável a sua invalidade, querendo isso significar que norma inconstitucional é norma *ineficaz*, porque colidente com preceito(s) ou princípio(s) constitucional(ais). Decorrência insuperável da proclamação da invalidação da norma jurídica pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso é o reconhecimento da perda de *eficácia material* dessa mesma norma, entendida a in*eficácia material* como a supressão da força de obrigatoriedade da norma, ou seja: perda da sua capacidade impositiva de observância motivada pela previsibilidade de sanções. A *ineficácia material* dantes aludida pode ser retratada claramente com o seguinte exemplo: se uma sentença foi construída com fundamento em lei ou ato normativo do poder público declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando o referido julgado chegar à Corte Maior, será inevitavelmente rechaçado, tal significando dizer que a norma ou ato normativo do poder público, embora existente e vigente, não é válido, emergindo precisamente daí a sua *ineficácia material.* Outros exemplos insuperáveis de *ineficácia material* de normas ou atos normativos do poder público podem ser extraídos dos enunciados de Súmulas Vinculantes. Isso porque neste a inaplicabilidade da norma é ainda mais explícita, até porque o comando constitucional assim o determina. É dizer: não se reveste de *eficácia material* a norma que tenha sido objeto de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal,

cabendo o manejo de reclamação àquela Corte toda vez que houver descumprimento do comando sumulado.

Dentro dessa delimitação teórica, não há como se imaginar que uma lei ou ato normativo do poder público declarada(o) inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal possa continuar revestida(o) de qualidades impositivas e sancionatórias. Isso porque - repita-se - norma inválida equivale à norma desprovida de obrigatoriedade e, conseqüentemente, inapta à imposição de sanções. A linha de raciocínio até aqui desenvolvida autoriza, pois, a conclusão segundo a qual a pronúncia de inconstitucionalidade operada pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso tem como conseqüência lógica e inevitável a *ineficácia material* da norma sindicada, a qual diz com a validade mesma da lei ou do ato normativo do poder público. Esclareça-se, por oportuno, que a *ineficácia formal* da norma está ligada à edição de atos administrativos (Resoluções, por exemplo) que dêem publicidade à pronúncia de incompatibilidade vertical feita pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso. A função do Senado Federal estampada no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, portanto, diz tão somente com a *ineficácia formal* da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não com a sua *ineficácia material*, visto que esta última decorre da invalidade da norma, ou seja, da incompatibilidade vertical desta com a Constituição Federal. Decorre, ao fim e ao cabo, da Teoria Geral do Direito.

2.7.1.2 Ineficácia Sociológica do Dispositivo Constitucional que concede Competência ao Senado Federal para Atuar no Controle Difuso de Normas

Questão imprescindível para se concluir o presente estudo está em saber se o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal está em vigor; e se em vigor está, se é válido e, se superados os campos da vigência e da validade, se o mesmo é eficaz sociológica e juridicamente, certo que é

inquestionável a sua existência[224]. Tomando-se em consideração as teorias sobre a norma jurídica, não parece restar dúvida de que o comando constitucional antes declinado encontra-se em vigor, à razão de que não houve norma constitucional posterior que o tenha expressamente revogado. De outra parte, não há como se cogitar da sua revogação tácita ou por incompatibilidade com o art. 103-A - o qual foi inserido na Carta Política pela Emenda Constitucional 45/04 -, uma vez que a edição da especial Súmula pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora empreste efeitos vinculantes às suas decisões, não é ato decorrente e obrigatório da declaração de inconstitucionalidade de normas feitas pela Corte Maior em ambiente difuso, tanto mais porque as aprovações e as edições das referidas Súmulas reclamam votação com quorum altamente qualificado. A validade da norma constitucional em debate também não exige maiores discussões, tendo em vista que não houve, até a presente data, pronúncia do Supremo Tribunal Federal quanto à sua incompatibilidade horizontal com princípios postos na Carta Política ou mesmo com outro comando constitucional. Resta, pois, debater-se a *eficácia* do dispositivo constitucional destacado (inciso X do art. 52), pois neste particular existem sim peculiaridades capazes de informar uma mudança no plano hermenêutico-constitucional do precitado imperativo da Constituição Federal. Recorde-se que a *ineficácia* pode ser *material* ou *formal*, sendo certo que a primeira diz com o conteúdo da norma; ao passo que a segunda liga-se ao meio através do qual se reconhece legislativamente essa condição (ineficácia). Diga-se mais que a *ineficácia material* está necessariamente relacionada à invalidade da norma; ao tempo que a *ineficácia formal* pode ser atingida sem que a norma tenha sido declarada inválida (revogação).

Relativamente ao inciso X do art. 52 da Constituição Federal, a abordagem terá que ser feita não sob a perspectiva das *ineficácias materiais e formais*, mas sim sob a ótica das *ineficácias jurídicas* e *sociológicas*, cabendo desde logo assentar que aquelas (*jurídicas*) estão ligadas à aplicabilidade mesma da norma, enquanto estas (sociológicas) recaem sobre a sua efetividade, sobre a sua eficiência, sobre a sua aceitação social, querendo isso significar alcance de sua

---

[224] Confira-se Lúcio Bittencourt (*O controle jurisdicional da* ..., op. cit., p. 133), Paulo de Barros Carvalho (*Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*, p.p. 75-83).

finalidade[225]. Discorrendo sobre a eficácia sociológica da norma jurídica, Norberto Bobbio[226] deixa claro que a aceitação social do comando normativo é fundamental ao reconhecimento das capacidades impositivas e sancionadoras. Para a perfeita compreensão da diferenciação que se busca fazer entre *ineficácia sociológica* e *ineficácia jurídica*, as anotações de Norberto Bobbio encaixam-se como uma luva. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal, dentro do atual cenário do controle difuso de constitucionalidade, como demonstrado nos tópicos passados, tem como conseqüência primeira, a *ineficácia material* da norma sindicada e, como conseqüência segunda, a *ineficácia sociológica* do comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, porquanto - reafirma-se -, após a pronúncia do Supremo Tribunal Federal, qualquer decisão judicial que a contrarie será, ao depois, reformulada pela Corte Suprema, e, isso, quando os tribunais ordinários não o fizerem. Ora, se uma determinada norma ou ato normativo foi declarado inconstitucional difusamente pelo Supremo Tribunal Federal, ou ainda interpretado de forma diversa da que lhe tenha feito outro Tribunal ou órgão do poder público (controle de sentenças e atos normativos), não há dúvida de que qualquer outra decisão que chegue àquela Corte Maior, fundamentada naquela lei ou ato normativo do poder público já tido por incompatível com a Constituição Federal, será sumariamente reformada com amparo no *precedente* firmado pela Corte Suprema, fato esse bastante a demonstrar a completa *ineficácia material* da lei ou do ato normativo do poder público apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. E se assim é, ou seja, se a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso de constitucionalidade opera *ineficácia material* da norma sindicada, não há como deixar-se de reconhecer que o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal padece de *ineficiência prática*, tendo em conta que o objetivo por ele (dispositivo) colimado - suspensão da execução da lei - já é alcançado materialmente com a pronúncia de inconstitucionalidade operada pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso.

[225] 19 Cf. Miguel Reale *in Lições preliminares de* ..., op. cit., p. 105.
[226] C.f. Norberto Bobbio *in Teoria da norma jurídica*, p.p. 47-48

Em homenagem á divergência e para eliminar qualquer possibilidade de reducionismo da temática, impende apontar que o inciso X do art. 52 da Constituição Federal não se encontra maculado pela *ineficácia jurídica*, porquanto se encontra em pleno vigor e fora regularmente inserido no mundo constitucional. O que aqui se defende - deixe-se claro - é que o referido imperativo legal, conquanto detenha *eficácia jurídica*, padece efetivamente de *ineficácia sociológica*, à razão de que vem sendo sistematicamente questionado pela sociedade, especialmente pela comunidade jurídico-acadêmica. Mais que isso: vem sendo também pungido pelo Congresso Nacional, qual não se cansa de aprovar normas constitucionais e infraconstitucionais que debilitam a função exercida pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Cabe ainda, à guisa de afastamento de reducionismo de argumento s favoráveis à tese aqui defendida, relembrar que Marcelo Neves[227], conquanto reconheçam a diferenciação entre *eficácia jurídica* e *eficácia sociológica*, ainda assim, defendem importância do comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Com efeito, não há como negar que existem boas razões para se defender a *eficácia jurídica* do comando constitucional que, ainda hoje, possibilita a intervenção do Senado Federal no controle difuso de normas. De igual sorte, todavia, e frente a tudo o que foi posto neste estudo, especialmente as alterações constitucionais e infraconstitucionais recentemente trazidas ao controle difuso de normas no Brasil, torna-se inquestionável que existe campo lógico-argumentativo suficiente para se afirmar que, dado o atual cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, qual está assentado na prevalência dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, além de marcado pela obsolescência, encontra-se fulminado pela *ineficácia sociológica* proclamada por Norberto Bobbio, sendo que o atual estado hermenêutico daquele comando constitucional decorre da sua *ineficiência prática*, qual pode ser resumida à seguinte assertiva: a Resolução do Senado Federal, no atual cenário construído para o controle difuso de normas no Brasil, tem, unicamente, a função de proclamar a *ineficácia formal* da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

[227] C.f. Marcelo Neves *in Teoria da Inconstitucionalidade das leis*

Registre-se, ao fim, que a *ineficácia sociológica* aqui aludida, relativa ao inciso X do art. 52 da Constituição Federal, reforça o entendimento firmado pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de que o ato praticado pelo Senado Federal no controle difuso de normas deve ter efeito meramente de publicidade, o que vem de ratificar a tese aqui defendida de que a função daquela Câmara Alta outra não é senão a de proclamar a *ineficácia formal* da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, certo que a *ineficácia material* da norma investigada já fora alcançada com a pronúncia de incompatibilidade levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Certo meso é que, conquanto esteja envolto, ainda hoje, pela *eficácia jurídica*, o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal jaz maculado pela *ineficiência prática* e, mais que isso, pela *ineficácia sociológica*, modo pelo deve ser revogado em posteriores reformas constitucionais.

Conclusões

O presente estudo serviu para revelar que a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade no Brasil surgiu em um momento do Direito Constitucional pátrio marcado pelo abandono aos ensinamentos das escolas francesa e inglesa de Direito e pelo acolhimento das novidades anunciadas pela escola norte-americano, circunstância tal capaz de revelar que a referida competência deve ser vista como uma homenagem ao Poder Legislativo, o qual, até a Constituição de 1891, detinha exclusividade sobre o controle de constitucionalidade das normas no Brasil.

Emergiu ainda da pesquisa que a homenagem outrora prestada ao Senado Federal hoje não mais se justifica, até porque o próprio Poder Legislativo, mediante aprovação de alterações constitucionais (EC 03/93 e EC 45/04) e de modificações impostas ao Processo Civil pátrio, concedeu ao Poder Judiciário instrumentos capazes de informarem a perda de *eficácia material* da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente difuso.

Apurou-se também com as pesquisas que o Supremo Tribunal Federal, na maior das vezes, quando julga recursos extraordinários não proclama inconstitucionalidade de normas, antes opera controle de interpretações equivocadas da Constituição feitas em sentenças e atos normativos, fato que

deixa ainda mais às claras a constatação de que a competência reservada ao Senado Federal pelo inciso X do art. 52 da Constituição Federal está obsoleta.

Ao fim deste estudo, restou claro que a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, é atingida pela *ineficácia material* e que o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal padece de *ineficiência prática* e, conseqüentemente, de *ineficácia sociológica*, pelo que deve ser revogado em reformas constitucionais futuras.

Referências Bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle constitucional da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
BONAVIDES, Paulo. Direito constitucional. 19ª ed. São Paulo: Maleiros, 2006.
BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958
CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
HART, Herbert. O conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Batista Machado. 3ª Ed. Coimbra: Armênio Machado Editora, 1974.
MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: Ação declaratória de constitucionalidade. Coord. Ives Granda da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1984.
__________. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.
__________. Jurisdição constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
__________. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília, nº. 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 149.
___________. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. Revista de Informação Legislativa nº 134, abr/jun. 1997, p. 11.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988.
PERELMAN, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie. A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. Revista Latino-Americada de Estudos Constitucionais, nº 4, julho/dezembro, p.p. 145/208, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 09.11.2020.

__________. Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.